



Soraia Marisa de Matos Lopes

Os Riscos da Comunicação Comercial em Rede para a Privacidade dos Consumidores

Dissertação com vista à obtenção do grau de
Mestre em Ciências Jurídicas Empresariais

Orientador:

Doutor Jorge Morais Carvalho, Professor da Faculdade de Direito da Universidade
Nova de Lisboa

Lisboa, março de 2016

DECLARAÇÃO ANTIPLÁGIO

Ao abrigo do artigo 20.º-A do Regulamento do Segundo Ciclo de Estudos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, declaro por minha honra que o texto aqui apresentado é da minha exclusiva autoria e que todas as contribuições de outros autores estão devidamente assinaladas e referenciadas.

Aos meus pais

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Jorge Morais Carvalho, por ter aceitado esta orientação, por todos os contributos e críticas fundamentais à conclusão do presente trabalho e, sobretudo, pelo apoio e orientação constantes.

A todos os Professores da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, pelo rigor e qualidade com que sempre me transmitiram os seus ensinamentos, essenciais à minha formação académica e profissional.

Aos Serviços Académicos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, em especial à Dra. Maria Manuel Guerreiro, à Dra. Catarina Rosário e Dra. Patrícia Luz, pela simpatia, apoio e incentivo para a conclusão de mais esta etapa académica.

Ao meu patrono, Dr. Daniel Reis, e a toda a equipa de TMT da sociedade de advogados PLMJ, pela ajuda na delimitação do objeto do presente trabalho e pela troca constante de conhecimentos e materiais de estudo.

Aos meus pais e irmãos, pelo apoio e confiança que sempre depositaram em mim ao longo do meu percurso académico, sem o vosso amor incondicional não seria possível concluir mais etapa.

A todos os meus amigos, em especial, à minha querida Rita, pela amizade com que me acompanhou em mais esta etapa.

Ao meu querido Mauro, pelo amor e apoio incondicional com que acompanha todas as minhas conquistas académicas, profissionais e pessoais.

A todos, reitero o meu agradecimento e eterna gratidão.

MODO DE CITAR E OUTRAS CONVENÇÕES

- I. O presente trabalho encontra-se redigido em conformidade com o novo Acordo Ortográfico.
- II. As monografias são citadas, pela primeira vez, da seguinte forma: nome completo do autor (apresentando-se o seu último nome em primeiro lugar e em letras maiúsculas), título integral da obra (apresentado em itálico), volume, edição, editora, local de publicação, ano e página (s).
- III. Os artigos de publicações periódicas ou partes de livro são citados, pela primeira vez, da seguinte forma: nome completo do autor (apresentando-se o seu último nome em primeiro lugar e em letras maiúsculas), “título integral do artigo”, nome da publicação periódica (apresentada em itálico), ano ou volume, número, ano civil, e página (s).
- IV. Quando as obras ou artigos tenham sido consultados e recolhidos através da internet, a sua identificação é seguida do sítio da internet em que foram consultados e da data de consulta do artigo.
- V. Nas citações seguintes, as monografias e os artigos de publicações periódicas são identificados pelo nome completo do autor (apresentando-se o seu último nome em primeiro lugar e em letras maiúsculas) seguido pela abreviatura “cit.” e página (s).
- VI. Existindo mais do que uma obra consultada de um mesmo autor, ao nome completo do autor seguem-se as primeiras palavras do título da obra, a abreviatura “cit.” e página (s).
- VII. A jurisprudência é citada com referência a tribunal, data, número de processo e relator.
- VIII. As abreviaturas estão identificadas por ordem alfabética na Lista de Abreviaturas que se segue.
- IX. As transcrições de excertos de textos estrangeiros encontram-se traduzidas para português. A tradução é da responsabilidade da autora da presente dissertação.
- X. Expressões em latim ou em língua estrangeira serão apresentadas em itálicos.

LISTA DE ABREVIATURAS

ACEPI	Associação da Economia Digital
AEPD	Autoridade Europeia para a Proteção de Dados
Al.	Alínea
Als.	Alíneas
ANACOM	Autoridade Nacional de Telecomunicações
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
BCC	<i>Blind Carbon Copy</i>
B2C	<i>Business to Consumer</i>
CC	Código Civil
Cfr.	Conforme
Cit.	Citada
CNPD	Comissão Nacional de Proteção de Dados
CRP	Constituição da República Portuguesa
Ed.	Edição
E.M.	Estados-membros
E.U.A.	Estados Unidos da América
HTML	<i>hypertext markup language</i>
ICC	<i>International Chamber of Commerce</i>
LDC	Lei da Defesa do Consumidor
LPDP	Lei da Proteção de Dados Pessoais
N.º	Número

P.	Página
Pp.	Páginas
ROPO	<i>Research Online – Purchase Offline</i>
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
U.E.	União Europeia
USP	<i>Unique Selling Proposition</i>
Vol.	Volume
WWW	<i>World Wide Web</i>

DECLARAÇÃO RELATIVA AO NÚMERO DE CARACTERES

Declaro que o corpo de texto da presente dissertação, incluindo espaços e notas, ocupa um total de 199.994 caracteres.

RESUMO

O aparecimento e o consequente desenvolvimento das novas tecnologias desencadearam um processo de mutação no contexto social e económico, o qual determinou a necessidade de reflexão sobre a adequação dos instrumentos de proteção dos consumidores. No âmbito do direito do consumo, o fenómeno tecnológico trouxe consigo uma nova forma de comunicação entre profissionais e consumidores: a comunicação comercial em rede.

Ora, dada a sua característica da interatividade, a rede permite estabelecer relações de maior proximidade entre profissionais e consumidores. Portanto, é agora possível aos profissionais obter um completo leque de informações sobre o seu público-alvo, as quais são incorporadas nas suas respetivas estratégias de marketing, aumentando, assim, a eficácia das suas mensagens publicitárias.

Assim, os profissionais recorrem cada vez mais a formas de comunicação comercial de marketing direto, como mensagens publicitárias dirigidas individualmente aos seus consumidores. Sucede, porém, que tais práticas pressupõem a recolha e o tratamento de dados pessoais do consumidor, o que pode apresentar riscos para o seu direito fundamental à privacidade.

A proteção dos dados pessoais do consumidor pode ser colocada em causa quando são utilizadas formas e procedimentos não transparentes na sua recolha e no seu tratamento. Assim, implicará a utilização de formas de comunicação comercial em rede riscos para a privacidade dos consumidores?

Palavras-chave: Publicidade; dados pessoais; direito à privacidade; *spam*; *cookies*; direito do consumo.

ABSTRACT

The emergence and development of new technologies unleashed a process of social and economic change, which determined the need to reflect about the adequacy of consumers means of protection. Within the scope of the consumer law, the technological phenomenon brought a new form of communication between professionals and consumers: the network marketing communication.

Due to its interactivity feature, the network allows a close relationship between professionals and consumers. Therefore, is actually possible to professionals obtain a complete set of information of their target audience, which is incorporated in their marketing strategies in order to rise the effectiveness of the advertising message.

The professionals increasingly use forms of direct marketing with messages sent directly and individually to their consumers. These practices imply, however, the collection and treatment of consumer personal data, which could present risks to their fundamental right to privacy.

The protection of consumer personal data is put at stake when professionals use non-transparent forms and procedures to collect and treat their data. Therefore, does the use of network marketing communication imply risks to the consumer privacy?

Keywords: Marketing; personal data; privacy; spam; cookies; consumer law.

INTRODUÇÃO

O enraizamento da utilização das novas tecnologias no quotidiano da população promoveu uma alteração no paradigma das relações estabelecidas em todos os setores da sociedade. A forma como comunicamos alterou-se, a informação é absorvida e transmitida em quantidade e velocidade nunca antes equacionada, desenvolvendo-se, assim, a chamada sociedade de informação.

A mutação tem sido transversal a todos os contextos sociais, incluindo, nomeadamente, o contexto económico. Nesse âmbito, destacam-se as relações entre profissionais e consumidores nas quais o elemento informação, subjacente a toda e qualquer decisão de consumo, assume fulcral relevância.

A comunicação comercial adota, assim, um papel de destaque ao ser o principal veículo utilizado pelas empresas na divulgação de informação sobre os seus produtos. Ou seja, a comunicação comercial assume um papel de destaque na promoção da celebração de contratos de consumo e, bem assim, na determinação das necessidades dos consumidores.

No entanto, a par da evolução tecnológica, também as técnicas de comunicação comercial têm vindo a ser adaptadas. A publicidade de massas já não tem o impacto de outros tempos e as empresas estão cada vez mais focadas numa abordagem mais personalizada do consumidor.

A personalização da mensagem publicitária só é, no entanto, possível se as empresas conhecerem o seu público-alvo. Para isso, as empresas necessitam de estabelecer com os cidadãos, potenciais consumidores, uma relação interativa de troca constante de informação, fazendo-o através das novas ferramentas tecnológicas.

Assim, atualmente, a comunicação comercial das empresas é, maioritariamente, feita em rede, isto é, através das novas tecnologias, de forma eletrónica e *online*. No entanto, ao alimentar-se de informação pessoal do consumidor a comunicação comercial em rede poderá ter uma componente lesiva do seu direito à privacidade, que inclui, designadamente, o direito à proteção dos seus dados pessoais.

Nessa senda, será que a utilização por profissionais de formas de comunicação comercial em rede apresenta riscos para a proteção dos dados pessoais dos consumidores e, bem assim, potencial lesivo do seu direito à privacidade?

O presente trabalho pretende contribuir para a formulação de uma resposta à questão enunciada através de uma análise crítica das realidades jurídicas que envolve. Com esse objetivo, o presente trabalho está dividido em três grandes pontos dedicados, respetivamente, às disciplinas do direito do consumo, da publicidade e da proteção dos dados pessoais, estabelecendo-se, sempre que necessário, as devidas relações. Deverá, desde já, ser feita ressalva para o facto de estarmos aqui em presença de três temas que, por si só, têm autonomia suficiente para serem estudados de forma mais desenvolvida individualmente. Por esse motivo, dada a limitação e natureza da presente dissertação, serão apenas desenvolvidos os aspetos essenciais à formulação de uma proposta de resposta à questão acima enunciada como ponto de partida deste trabalho.

A primeira parte da presente dissertação será, portanto, dedicada ao direito do consumo, com vista a enquadrar o problema enunciado no âmbito das relações de consumo estabelecidas na moderna sociedade da informação. No contexto dessas relações de consumo emergem, para ambas as partes, direitos constitucionalmente protegidos que potencialmente colidem entre si. Referimo-nos, nomeadamente, aos direitos à liberdade de expressão e informação e à liberdade de iniciativa económica dos profissionais, em confronto com o direitos do consumidor à realização de opções informadas, à privacidade e à utilização de ferramentas que lhe permitam contratar com segurança em rede.

Em seguida, caberá fazer uma breve incursão pela lei, por forma a identificar a legislação aplicável às temáticas que iremos abordar. Uma vez que, quanto a este aspeto, existe uma grande dispersão legislativa, o leitor beneficiará deste enquadramento inicial para uma melhor compreensão dos pontos abordados em seguida e ao longo de todo o trabalho.

Feito o devido enquadramento jurídico do tema, começaremos por abordar a noção de consumidor, com destaque para a faceta do consumidor que contrata produtos e serviços com recurso às novas tecnologias, nomeadamente, através da internet. Nessa sequência caberá aprofundar a análise do regime jurídico de proteção do consumidor no âmbito da

contratação eletrônica, com destaque para a proteção do seu direito à informação. A este propósito caberá uma breve análise da importância da publicidade na concretização desse direito do consumidor, reservando-se maiores desenvolvimentos para o ponto relativo à relevância contratual da mensagem publicitária.

A segunda parte deste trabalho terá a pretensão de esclarecer as realidades abrangidas pela comunicação comercial nas novas tecnologias. Afinal quais são as condutas dos profissionais suscetíveis de enquadrar práticas publicitárias modernas? Para responder a esta questão será necessário começar por esclarecer o conceito de comunicação comercial e aprofundar a análise do regime jurídico que lhe é aplicável, incluindo os seus princípios fundamentais, deixando desde já a nota de que, apesar do tratamento legislativo do regime da publicidade, a eficácia do mesmo é relativizada pela “prática dos prestadores de serviços” e pela “falta de fiscalização e reação dos consumidores”¹. Aliás, de acordo com o regime jurídico aplicável, a mensagem publicitária é suscetível de integrar o conteúdo do contrato, assumindo um papel fundamental na concretização dos direitos do consumidor até aqui enunciados. Por esse motivo, seguir-se-á uma análise do tema da relevância contratual da mensagem publicitária.

Compreendido o universo da comunicação comercial, caberá começar a delimitar a sua definição, nomeadamente, evidenciando a sua evolução a par do aparecimento das novas tecnologias. Assim, avançaremos para uma definição de comunicação comercial em rede, distinta da tradicional definição de comunicação comercial, por referência à sua característica da interatividade. Encerraremos este ponto identificando as formas de comunicação comercial utilizadas em rede, com destaque para as formas de marketing direto, nomeadamente, o *spam*.

Neste momento, em que já sabemos quem são os intervenientes, profissionais e consumidores, e a realidade a que nos reportamos, a utilização de comunicação comercial em rede, estamos, portanto, em condições de iniciar uma análise das vantagens e paralelos riscos da utilização da rede no âmbito das relações de consumo, entre os quais os riscos para a privacidade dos consumidores.

¹ Cfr. LEITÃO, Adelaide Menezes, “Comércio Eletrónico e Direito do Consumo”, in *Liber Amicorum Mário Frola – A Causa dos Direitos dos Consumidores*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 34.

O último ponto deste trabalho será, assim, dedicado à problemática da privacidade dos consumidores no âmbito da utilização de práticas de marketing direto, começando-se por realçar os aspetos positivos da sua utilização, bem como os inevitáveis riscos para a proteção dos dados pessoais do consumidor. A consciência desta problemática tem levado a várias reações, quer através da técnica, quer através da lei. Dedicaremos alguma atenção à análise das mesmas com destaque para a reação legislativa, no âmbito da qual se adotou a solução de exigir o consentimento do destinatário para a utilização deste tipo de comunicações comerciais.

Sucede, porém, que a forma como esse consentimento é obtido pode variar em função do sistema adotado. Iremos, nessa senda, analisar e diferenciar os dois sistemas atualmente existentes, os sistemas de *opting-in* e de *opting-out*. Seguir-se-á uma análise de qual a solução adotada na União Europeia e nos Estados Unidos da América e, por fim, da solução adotada em Portugal.

Depois de enquadrado o fenómeno do marketing direto, caberá compreender de que forma é que as empresas recolhem e tratam a informação pessoal do consumidor com vista à sua utilização no âmbito dessas práticas publicitárias. Procuraremos identificar as formas de recolha e tratamento de dados pessoais utilizadas pelos profissionais, com destaque para as formas invisíveis de recolha e tratamento dos mesmos, realizadas sem o conhecimento e sem o consentimento do consumidor. Uma análise completa da temática implicará, ainda, uma referência às outras formas de recolha e de tratamento de dados que, embora visíveis ao consumidor, nem sempre têm subjacente o consentimento informado do mesmo.

Por fim, a análise do regime jurídico aplicável em matéria de proteção de dados pessoais irá permitir concluir se as práticas identificadas no ponto anterior são suscetíveis de respeitar o núcleo essencial do direito fundamental do consumidor à privacidade e, assim, avançar para uma proposta de resposta à questão formulada: A comunicação comercial em rede é ou não lesiva do direito à privacidade dos consumidores?

1. AS RELAÇÕES DE CONSUMO NA MODERNA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO

Falar da moderna sociedade de informação é falar de internet. A internet é hoje um dos principais meios de divulgação de informação e, bem assim, de fazer chegar mensagens comerciais ao público em geral e aos consumidores em especial.

O surgimento da internet prendeu-se inicialmente com a finalidade de servir o meio universitário², nomeadamente, como instrumento de investigação académica, finalidade que, diga-se, continua ainda hoje a cumprir. Contudo, a multiplicidade de funcionalidades associadas à utilização da internet rapidamente se fez notar e, em especial, no sector comercial começou-se a explorar formas de retirar a máxima utilidade desta nova ferramenta.

Hoje, a internet permite o acesso direto³, e quase imediato, a bens e serviços e, em consequência, tornou-se no veículo mais popular da comunicação comercial, vulgarmente também conhecida como publicidade. A popularidade da publicidade *online* fundamenta-se no baixo custo implicado para o profissional na divulgação, através desse meio, do seu produto ou serviço, bem como na rapidez e eficiência com que, na sequência dessa divulgação, realiza o negócio sem observância das tradicionais exigências da contratação de bens e serviços de consumo.

Aliás, foi a partir do final da década de 70 que a indústria de consumo em Portugal começou a recorrer a elementos subjetivos na divulgação dos seus produtos dando origem, assim, ao que hoje vulgarmente designamos como marketing direto ou marketing estratégico. Apercebendo-se da eficácia das mensagens publicitárias dirigidas a um público-alvo específico, as empresas começaram a orientar as suas decisões de produção em função das características do seu público-alvo, das suas necessidades, desejos e estilo de vida.

² Cfr. SERRA, Celso António, “Publicidade Ilícita e Abusiva na Internet”, in *Direito da Sociedade de Informação*, Vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 456.

³ Permite e fomenta aquilo a que atualmente se chama de B2C (*Business to Consumer*) e que se traduz na aquisição direta de bens ao produtor. Cfr. SERRA, Celso António, cit., p. 458.

Assim, a comunicação comercial passou a refletir uma “Proposta de Valor para o Cliente”⁴. Ou seja, passou a incluir elementos suscetíveis de despertar o interesse do seu público-alvo, fazendo-lhe chegar uma proposta contratual personalizada que se distingue das restantes. Contudo, para que haja a criação de valor nestes termos, previamente à divulgação do seu produto, o profissional necessita de recolher informação sobre o consumidor.

Até aqui, a principal forma de recolha de informação fazia-se através dos tradicionais estudos de mercado. No entanto, o desenvolvimento das novas tecnologias abriu inúmeras outras possibilidades aos profissionais. Essas novas tecnologias permitem, por um lado, recolher informação específica sobre os consumidores e, por outro, fazer-lhes chegar informação sobre o seu produto.

Contratar com alguém através de meios tecnológicos dificulta, à primeira vista, a identificação por parte do profissional das características do seu público-alvo, pois, a ausência de contacto presencial não permite perceber as características específicas do consumidor com quem se está a contratar. Não obstante, a verdade é que as novas tecnologias vieram a revelar ser possível estabelecer um contacto entre profissional e consumidor, por vezes, até mais individualizado do que o estabelecido, de forma tradicional, presencialmente em loja.

Nesse sentido, as empresas começaram a utilizar formas de comunicação que permitem recolher informação com relevância estratégica para o desenvolvimento eficiente do seu negócio, designadamente, informação pessoal dos seus atuais e potenciais clientes. Nessa senda, é vantajoso adotar formas de comunicação comercial dirigidas a certos grupos de consumidores, com interesses específicos, os quais é necessário identificar. Para isso, os profissionais recolhem dados pessoais, entre os quais se incluem preferências de consumo, por forma a traçar perfis de consumidores, atividade atualmente conhecida como *tracking*⁵.

O *tracking* desenvolve-se através da recolha dados pessoais nas redes sociais, na solicitação do preenchimento de formulários *online*, no correio eletrónico, na

⁴ Cfr. AMORIM, Ana Clara Azevedo de, “Comunicação Comercial e Direitos do Consumidor”, in *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1, Almedina, Coimbra, 2015, p. 174.

⁵ Cfr. SERRA, Celso António, cit., p. 458.

monitorização dos passos dos consumidores na internet, utilizando os chamados *cookies*⁶, entre outros. O problema reside, no entanto, na forma como essa informação é recolhida junto do consumidor, nomeadamente, se este conhece, ou não, que está a ser alvo dessa recolha.

Para se perceber a relevância atual do mundo tecnológico no estabelecimento de relações de consumo, atente-se na informação divulgada pela ACEPI (Associação da Economia Digital), segundo a qual entre julho e setembro de 2015, em média, meio milhão de portugueses acederam diariamente a *sites* de *e-commerce*, isto é, *sites* de comércio eletrónico⁷.

Ora, a crescente procura de produtos e serviços através da internet por parte dos consumidores acompanha, em paralelo, o crescimento da oferta *online* disponibilizada pelas empresas. Consequentemente, também o recurso a formas de comunicação comercial em rede para divulgação e promoção de produtos e serviços acompanha esta tendência de crescimento.

O Relatório Evolutivo do Barómetro do Comércio Electrónico⁸ relativo ao 4.º trimestre de 2014, elaborado em conjunto pela ACEPI e pela NETSONDA⁹, releva que 80% das empresas inquiridas utiliza formas de comunicação comercial em rede, ou seja, publicidade veiculada *online* e, em especial, publicidade veiculada através das redes sociais.

Não obstante o aumento do número de transações comerciais *online*, a verdade é que a grande maioria dos consumidores ainda olha com alguma desconfiança para as práticas de contratação eletrónica. Mas, na verdade, mesmo nesses casos, as virtualidades da moderna sociedade de informação atraem os consumidores.

Ora, atualmente, mesmo os consumidores que preferem continuar a deslocar-se às lojas para adquirir presencialmente os seus produtos ou serviços, muitas vezes, fizeram a respetiva pesquisa prévia sobre os mesmos *online*. É o chamado efeito ROPO (*Research*

⁶ Cfr. Ponto 3.3.1. do presente trabalho.

⁷ Notícia divulgada pela ACEPI em 20 de novembro de 2015, disponível em <http://www.acepi.pt/artigoDetalhe.php?idArtigo=91776> (consultado em 11 de dezembro de 2015).

⁸ Disponível em <http://www.acepi.pt/downloads.php?idCategoria=62> (consultado em 11 de dezembro de 2015).

⁹ Empresa que opera na área de estudos de mercados através de plataformas *online*. Mais informação disponível em <http://www.netsonda.pt> (consultado em 11 de dezembro de 2015).

Online – Purchase Offline)¹⁰, que revela o quão fundamental é o papel das modernas formas de comunicação na construção da decisão do consumidor de contratar bens ou serviços, ainda que através das ditas formas tradicionais.

1.1. COLISÃO COM OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O regime de tutela da privacidade dos consumidores, no âmbito das comunicações publicitárias, contende com outros direitos, liberdades e garantias, equacionando-se uma situação de colisão com outros direitos fundamentais, designadamente, com as liberdades de expressão e informação e de iniciativa privada dos profissionais, fornecedores de bens ou serviços, protegidas constitucionalmente pelos arts. 37.º e 61.º da CRP, respetivamente.

Ora, dos direitos fundamentais acima enunciados decorre o direito do fornecedor de bens ou serviços a publicitar os mesmos junto do seu público-alvo, como forma de promover a sua atividade e de gerar oportunidades de negócio. Na verdade, pode mesmo falar-se de uma “liberdade publicitária”¹¹ dos profissionais, corolário dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e informação e à liberdade de iniciativa económica, constitucionalmente protegidos.

A tutela constitucional daqueles direitos fundamentais impõe que quaisquer restrições aos mesmos observem o disposto no art. 18.º, n.º 2 e n.º 3 da CRP, que não obstante autorizar em geral a restrição a direitos, liberdades e garantias, determina quais os requisitos a observar para que essas restrições sejam constitucionalmente admissíveis.

Os direitos, liberdades e garantias só podem ser objeto de restrição imposta por lei formal, ou seja, por lei aprovada pela Assembleia da República, ou por Decreto-Lei autorizado do Governo, conforme resulta da conjugação dos arts. 18.º, n.º 2, e 165.º, n.º 1, al. b), da CRP. Mais, determina, ainda, o art. 18.º, n.º 3, da CRP, que a lei restritiva de direitos, liberdades e garantias deve ser geral e abstrata, ou seja, deve ter um número

¹⁰ Cfr. MORAIS, Paulo, “O comportamento do consumidor na Internet”, in *Marketing Portugal*, 2012, disponível em <http://www.marketingportugal.pt/artigos/marketing-digital/item/21-comportamento-do-consumidor-marketing-digital> (consultado em 11 de dezembro de 2015).

¹¹ Cfr. MARQUES, José Augusto Garcia, e MARTINS, Lourenço, *Direito da Informática*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, p. 395.

indeterminado ou indeterminável de destinatários e regular um número indeterminado ou indeterminável de casos¹².

Contudo, a observância dos requisitos acima identificados não será suficiente se não for respeitado o princípio da proibição do excesso, ou princípio da proporcionalidade em sentido amplo, segundo o qual a restrição a direitos, liberdade e garantias se deve limitar “ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”, conforme dispõe o art. 13.º, n.º 2, *in fine*.

Ora, o respeito por aquele princípio impõe que só se admitam restrições adequadas, necessárias e proporcionais, em sentido estrito, à proteção de outros direitos, liberdades e garantias. Isto é, a lei geral e abstrata deverá determinar uma solução que seja conforme ao fim visado, que seja necessária, na medida em que não exista outra forma de o atingir, e que se limite ao estritamente necessário para o alcançar¹³.

Nesta senda, qualquer restrição àqueles direitos fundamentais do fornecedor de bens ou serviços deverá ser justificada pela necessidade de salvaguarda de outros direitos fundamentais, designadamente, dos direitos fundamentais dos consumidores.

A temática que aqui nos ocupa impõe que a referida “liberdade publicitária” do fornecedor de bens ou serviços seja confrontada com os direitos do consumidor à informação e a não ser alvo de publicidade oculta, indireta ou dolosa, na aceção do art. 60.º, n.º 1 e n.º 2, da CRP. A “liberdade publicitária” daqueles deverá, ainda, ser confrontada com os direitos dos cidadãos em geral de verem preservada a sua reserva da intimidade da vida privada e da proteção dos seus dados pessoais no âmbito da sua utilização informática, conforme determinam os arts. 26.º, n.º 1, e 35.º da CRP.

Ora, da conjugação das referidas normas constitucionais resulta o “direito à autodeterminação informativa dos consumidores”¹⁴, ou seja, o direito dos consumidores a não serem incomodados com comunicações publicitárias não desejadas,

¹² Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, reimpressão da 7ª Edição, Almedina, Coimbra, 2003, p. 454.

¹³ Para uma análise mais desenvolvida sobre o regime das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, *vide* CANOTILHO, J.J. Gomes, *cit.*, pp. 448 e seguintes.

¹⁴ GOMES, Carla Amado, “O Direito à Privacidade do Consumidor a propósito da Lei 6/99, de 27 de Janeiro”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 77, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Lisboa, 1999, p. 100.

impulsionadas por uma utilização informática abusiva dos seus dados pessoais por parte dos fornecedores de bens ou serviços.

A proteção do direito do consumidor à privacidade fundamenta, assim, a restrição da “liberdade publicitária” do profissional imposta pela legislação do direito do consumo e da proteção de dados pessoais em geral e, em especial, pelo art. 13.º-A da Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, que impõe regras específicas ao envio de comunicações comerciais eletrónicas não solicitadas.

Embora potencialmente lesivas da privacidade do consumidor, as práticas publicitárias utilizadas pelos profissionais não podem, em caso algum, ser proibidas sem mais, pois, tal solução representaria uma violação do princípio da proibição do excesso. Assim sendo, qualquer que seja a solução adotada para fazer face ao conflito de direitos enunciado, o respetivo núcleo essencial dos direitos fundamentais em causa não poderá, em circunstância alguma, ser afetado, não sendo constitucionalmente admissíveis quaisquer restrições que desrespeitem este princípio fundamental.

Sucedem, porém, que só recentemente os Estados começaram a tomar consciência da situação de conflito entre os direitos fundamentais enunciados, circunstância que acresce ao facto de a procura por uma solução de equilíbrio estar a ser dificultada por atualmente se estarem a desenvolver duas tendências distintas, e intrinsecamente incompatíveis entre si, no âmbito da utilização das novas tecnologias. Na verdade assistimos ao desenvolvimento, por um lado, da tendência liberal de rejeitar a aplicação de regras jurídicas ao mundo tecnológico e, por outro, da tendência de exportar para esse novo mundo das tecnologias as regras jurídicas do “mundo real”.

Segundo Adelaide Menezes Leitão¹⁵, a “possibilidade de coexistência destas duas tendências opostas terá de passar por um ponto de equilíbrio entre ambas”, equilíbrio esse que, ao longo do presente trabalho, iremos analisar de que forma está a tentar ser alcançado.

¹⁵ Cfr. LEITÃO, Adelaide Menezes, “Publicidade na Internet”, in *Direito da Sociedade de Informação*, Vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 289.

1.2. TRATAMENTO LEGISLATIVO DISPERSO

O tratamento legislativo destas matérias enfrenta sérias dificuldades. Para além de envolver uma realidade que não conhece constrangimentos geográficos, como é a realidade virtual das novas tecnologias, pode tornar-se numa tarefa inglória, na medida em que é muito difícil acompanhar em termos legislativos o ritmo de constante mutação provocado pelo desenvolvimento tecnológico.

As dificuldades enunciadas justificam que o tratamento legislativo destas matérias tenha sido realizado de forma dispersa, cuja correção não é pretensão do presente trabalho avaliar. Nesse sentido, o nosso objetivo no presente ponto é identificar e analisar a principal legislação relevante, estabelecendo eventuais pontos de contacto, a fim de delimitar o enquadramento jurídico geral da questão objeto do presente estudo, a proteção da privacidade do consumidor no âmbito da publicidade veiculada através das novas tecnologias.

Esta temática suscita a intervenção de três âmbitos de regulação diferentes, por um lado, o seu tratamento no âmbito da legislação do consumo, por outro, o seu tratamento no âmbito da legislação que regula a atividade publicitária em geral e, em último lugar, o seu tratamento no âmbito da legislação sobre dados pessoais.

A nível comunitário a matéria da privacidade no âmbito da contratação *online* é tratada na Diretiva n.º 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002, relativa ao tratamento dos dados pessoais e à proteção da privacidade nas comunicações eletrónicas.

Com vista a fomentar a confiança dos utilizadores da internet em geral na utilização desta nova forma de comunicação, o legislador europeu consagrou nesta Diretiva um conjunto de direitos e deveres específicos deste sector, entre os quais: o dever de adotar medidas de segurança adequadas e, quando for o caso, de informar da inexistência da mesmas, o direito à confidencialidade das comunicações, o direito de oposição ao tratamento dos dados de localização e a proibição da prática do envio de correio eletrónico não solicitado.

Esta Diretiva foi transposta para a nossa ordem jurídica através da Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, que se aplica ao tratamento de dados pessoais em rede, no âmbito da

utilização de meios de comunicação eletrónica. Nessa medida, esta lei vem especificar e completar a Lei da Proteção de Dados Pessoais¹⁶, aprovada pela Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, que contém, em geral, o regime jurídico do tratamento de dados pessoais.

Note-se, contudo, que esta não foi a primeira vez que estas matérias foram objeto de tratamento legislativo. O Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de abril, que transpôs a Diretiva n.º 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 1997, continha já o regime geral de proteção do consumidor no âmbito de contratos celebrados à distância.

É este diploma que nos traz pela primeira vez uma definição de contrato celebrado à distância. Segundo o seu art. 2.º, al. a), contrato celebrado à distância é “qualquer contrato relativo a bens ou serviços celebrados entre um fornecedor e um consumidor, que se integre num sistema de venda ou prestação de serviços à distância organizado pelo fornecedor que, para esse contrato, utilize exclusivamente uma ou mais técnicas de comunicação à distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração”. Ora, se segundo o referido art. 2.º, al. b), técnica de comunicação é qualquer meio utilizado com vista à celebração do contrato que não implique “a presença física e simultânea do fornecedor e do consumidor”, conclui-se que a internet é uma das técnicas de comunicação utilizadas para a celebração de contratos à distância e que, bem assim, este diploma, embora não se refira especificamente à contratação eletrónica, seria aplicável em geral aos contratos de consumo celebrados através da internet.

Este diploma foi, todavia, revogado pelo Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 47/2014, de 28 de junho, aplicável aos contratos celebrados à distância fora do estabelecimento comercial, mantendo-se no seu art. 3.º, al. f), no essencial, a definição de contrato celebrado à distância. Este novo diploma transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, reforçando os deveres de informação do profissional e consagrando a aplicação desse regime também aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial ainda que na presença física do

¹⁶ Como aliás refere o seu art. 1.º, n.º 2: “a presente lei aplica-se ao tratamento de dados pessoais no contexto da prestação de serviços de comunicações (...) especificando e complementando as disposições da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro (Lei da Proteção de Dados Pessoais)”.

profissional e do consumidor, realidade cuja análise não desenvolveremos uma vez que não é no presente trabalho objeto de estudo.

Não obstante a existência de legislação específica aplicável à proteção do consumidor no âmbito da contratação eletrónica, a mesma já decorreria, em geral, dos direitos do consumidor à informação, à segurança e à proteção dos seus interesses económicos, constitucionalmente consagrados no art. 60.º, n.º 1, da CRP e, ainda, no art. 3.º, als. d) e e) da Lei da Defesa do Consumidor.

Como veremos mais à frente, o direito dos consumidores à informação tem como contrapartida o dever do profissional de informar o consumidor. Ora, se da previsão geral do art. 227.º, n.º 1, do CC, decorre, desde logo, a obrigação pré-contratual de atuar com boa fé no âmbito da formação dos contratos em geral, o que implica necessariamente dar à contraparte toda a informação de que esta não dispõe sobre os elementos do contrato, o cumprimento desta obrigação revela-se, ainda mais, fundamental no contexto da contratação *online*. A relevância nesse contexto do cumprimento dos deveres de informação decorre do desequilíbrio informacional que, em regra, existe entre as partes da relação de consumo.

O desenvolvimento da sociedade de consumo deu-se, naturalmente, a par do desenvolvimento da sociedade da informação e, assim, a mensagem publicitária tornou-se num dos principais meios de o profissional veicular essa informação. Nessa medida, determina o n.º 2 do art. 60.º da CRP que “a publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indireta e dolosa”. Em geral, a publicidade em Portugal é regulada pelo Código da Publicidade, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro, com as últimas alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 66/2015, de 29 de abril.

Na verdade, assistimos muitas vezes ao esvaziamento do elemento informativo da mensagem publicitária devido à sua utilização exclusiva para fins promocionais, o que corresponde a uma clara violação do direito fundamental do consumidor à informação. A tomada de consciência dessa realidade justificou a aprovação da Lei n.º 6/99, de 27 de

janeiro, que regula a publicidade domiciliária e por telecópia, a qual não se aplica, todavia, à publicidade veiculada por correio eletrónico ou através da internet¹⁷.

O tratamento legislativo da matéria das comunicações eletrónicas só surge com o Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, (Diretiva sobre Comércio Eletrónico) e o art. 13.º da Diretiva n.º 2002/58/CE.

Destes textos comunitários resulta a obrigação de o legislador nacional adotar medidas no sentido de garantir que o destinatário das comunicações comerciais não solicitadas (comummente designadas por *spam*) as consegue claramente identificar como tal, e no sentido de permitir ao consumidor que não deseje receber esse tipo de comunicações se opor ao envio das mesmas. Ou seja, no mínimo, cada Estado-membro estaria vinculado à adoção de um sistema de *opting-out*, cujos contornos desenvolveremos mais à frente¹⁸.

O legislador português optou por no Decreto-Lei n.º 7/2004 adotar um sistema de *opting-in*, mais exigente, na medida em que requer o consentimento prévio do consumidor para o envio de publicidade não solicitada por correio eletrónico.

Note-se que, em geral, a exigência de consentimento do titular dos dados no seu tratamento para efeitos de *spam* já resultava da LPDP, na medida em que esse tratamento não se enquadra em nenhuma das exceções do seu art. 6.º, que admitem a recolha de dados sem o consentimento do seu titular.

Aliás, ao caso concreto do *spam* será sempre aplicável residualmente a LPDP, na medida em que este implica sempre a utilização de dados pessoais na aceção do seu art. 3.º, al. a), segundo o qual dados pessoais são “qualquer informação, de qualquer natureza e independente do respetivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»)”.

Em conclusão, o estudo da questão objeto do presente trabalho implica o cruzamento da legislação quer aplicável ao direito do consumo e, no âmbito deste ramo do direito, em especial a legislação que regula a atividade publicitária, quer aplicável ao tratamento de dados pessoais. Havendo, claramente, zonas de sobreposição entre elas, mas também

¹⁷ Como aliás determina expressamente o seu art. 1.º, n.º 2: “A presente lei não se aplica à publicidade por correio electrónico.”

¹⁸ Vide ponto 3.2. do presente trabalho.

certos vazios legislativos próprios do tratamento disperso destas matérias, que assinalaremos ao longo do presente estudo.

1.3. NOÇÃO DE CONSUMIDOR

Não existe uma noção única de consumidor. Aliás, nem ao nível do direito comunitário conseguimos encontrar uniformidade¹⁹. Contudo, a noção de consumidor é fundamental na delimitação do âmbito de aplicação da demais legislação de consumo, alguma da qual será analisada ao longo do presente trabalho.

Ora, existindo várias definições de consumidor, o facto de alguém ser enquadrado como consumidor no âmbito de um determinado diploma não significa que o será no âmbito de outros diplomas, pois, esses podem adotar noções mais amplas ou mais restritas²⁰. Na verdade, “não há pessoas que, em absoluto, sejam consumidores”²¹, devendo, portanto, a qualificação como consumidor ser determinada em concreto no âmbito de cada diploma.

Casos existem, contudo, em que, não obstante a referência ao consumidor, o diploma não avança com uma definição do mesmo. Discute-se, nessas situações, qual a definição de consumidor que deve ser adotada. Nessa medida, numa tentativa de encontrar uma noção de consumidor aplicável a estes casos cumpre-nos, assim, enunciar as duas as principais noções de consumidor defendidas pela doutrina²²: uma definição subjetiva e uma definição objetiva de consumidor.

¹⁹ Embora na generalidade das diretivas europeias seja comum definir consumidor como pessoa singular que atua com fins alheios às suas atividades comerciais ou profissionais. Ainda que esta definição enquadre apenas os elementos subjetivo e teleológico da noção de consumidor, conforme definida na página seguinte do presente trabalho, a legislação europeia não é omissa quanto aos restantes elementos objetivo e relacional, sendo os mesmos circunscritos, respetivamente, pelas normas que definem o âmbito de aplicação do diploma e o conceito de profissional.

²⁰ Aliás, na ordem jurídica portuguesa encontramos vários diplomas que adotam diferentes definições de consumidor, umas mais restritas e outras mais amplas, como é o caso, por exemplo, da noção ampla adotada pelo Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho, que define consumidor como “a pessoa singular” que atua fora do âmbito da sua atividade profissional, e da noção restrita adotada pelo Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro, que define consumidor como “cliente final de eletricidade”. Cfr. CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, p. 17.

²¹ Cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005 p. 45.

²² Cfr. RODRIGUES, Luís Silveira, “Os Consumidores e a Sociedade da Informação”, in *Direito da Sociedade de Informação*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 298.

De acordo com a conceção subjetiva, consumidor é uma pessoa física que adquire a um profissional produtos e serviços para uso não profissional. Segundo esta conceção, não são, portanto, considerados consumidores os profissionais, empresas ou comerciantes. Não se consideram, igualmente, como relações de consumo as relações entre particulares, uma vez que nenhum deles atua enquanto profissional.

Por seu turno, uma conceção objetiva de consumidor diz-nos que será consumidor todo aquele que praticar um ato de consumo²³. Daqui resulta, assim, que também as pessoas coletivas podem ser consumidores, desde que os serviços e bens que adquiram não se destinem a ser usados no âmbito do seu negócio.

Contudo, não pretendendo fazer aqui uma abordagem exaustiva das várias noções de consumidor discutidas na doutrina, impõe-se referir que, na verdade, nenhuma das conceções apresentadas se traduz numa definição de consumidor suficientemente completa, que, segundo a doutrina, deve ser analisada por referência aos elementos subjetivo, objetivo, teleológico e relacional²⁴, contidos na definição de consumidor do art. 2.º, n.º 1, da LDC.

A Lei da Defesa do Consumidor é considerada a “Lei-Quadro”²⁵ do direito do consumo, na medida em que define os princípios e as regras gerais que lhe são aplicáveis e que, por esse motivo, contém a definição mais relevante de consumidor. Assim se compreende que, quando a lei utilize mas não defina o conceito de consumidor, se aceite que o mesmo deve ser interpretado com o mesmo sentido e alcance da definição adotada pelo art. 2.º, n.º1, da Lei da Defesa do Consumidor²⁶.

Portanto, consumidor será “todo aquele”²⁷ (elemento subjetivo) “a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços e transmitidos quaisquer direitos” (elemento

²³ O ato de consumo, objeto da relação jurídica estabelecida entre um profissional e um consumidor, é um ato jurídico complexo que não é um “ato isolado definido e talhado pela vontade individual das partes envolvidas. Uma mensagem publicitária, uma campanha de *marketing*, uma oferta pública de venda, um contrato de venda em grupo, uma venda de *time-share*, a predisposição de contratos múltiplos de adesão (...) são exemplos característicos de atos jurídicos complexos”. Cfr. LIZ, Jorge Pegado, *Introdução ao Direito e à Prática do Consumo*, Editorial de Notícias, Lisboa, 1999, p. 240.

²⁴ Cfr. CARVALHO, Jorge Morais, cit., p. 18, e ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Direito...*, cit., p. 29.

²⁵ Cfr. SILVA, João Calvão da, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, p. 120.

²⁶ Cfr. CARVALHO, Jorge Morais, cit., p. 17.

²⁷ Discutindo-se se abrange apenas pessoas singulares ou também coletivas. Segundo OLIVEIRA, Fernando Baptista de, *O Conceito de Consumidor*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 77, sempre que um diploma não adotar uma definição restrita de consumidor que abranja apenas pessoas singulares “ter-se-á

objetivo) “destinados a uso não profissional” (elemento teleológico) por “pessoa que exerça com caráter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios” (elemento relacional).

Estes elementos são o ponto de partida para a reflexão que se irá fazer em seguida, desde logo porque revelam a debilidade da posição jurídica do consumidor que fundamenta a sua necessidade especial de tutela. Fala-se aqui em debilidade da posição jurídica do consumidor porque se considera que ao contratar com um profissional se estabelece uma relação contratual desequilibrada, à qual os institutos jurídicos clássicos do direito não são aptos a responder.

Ora, em geral, quando duas partes decidem estabelecer uma relação jurídica fazem-no na disposição da sua autonomia privada e em condições de igualdade. Circunstâncias que, todavia, nem sempre se verificam nas relações entre particulares e profissionais, na medida em que estas se caracterizam pela existência de um acervo informacional desequilibrado.

Em bom rigor, o profissional tem um conhecimento sobre o objeto contratual, o bem alienado ou o serviço prestado, que o particular, consumidor, não tem. Como tal, o processo de formação da vontade do particular depende em grande medida da informação que lhe é disponibilizada pelo profissional.

Centrando-se o objeto do presente trabalho nas relações de consumo na internet, importa analisar a noção de consumidor utilizada no Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, que regula a contratação de produtos e serviços à distância, o que inclui a contratação *online*.

que seguir o conceito amplo contido na LDC, com a interpretação e o alcance que aqui se sustenta”. Na mesma senda, Carlos Ferreira de Almeida considera que o legislador português optou por deixar “para a jurisprudência a decisão sobre a admissibilidade de certas pessoas coletivas de organização não empresarial poderem ser consideradas como consumidores”. Vide ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Os Direitos dos Consumidores*, Almedina, Coimbra, 1982, p. 222. A este respeito defende o Tribunal da Relação do Porto, Acórdão de 11 de setembro de 2008, Processo n.º 0834643 (Fernando Baptista), disponível em : <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/ce7cfdb89c941f62802574da0053e534?OpenDocument> (consultado em 7 de fevereiro de 2016), que há efetivamente situações em que deve operar a extensão de consumidor ao profissional, designadamente quando o profissional “se mostrar, em relação ao bem que adquiriu – ou ao serviço que lhe foi prestado ou direito transmitido – tão leigo quanto o consumidor”.

Segundo o disposto no art. 3.º, al. c), do referido Decreto-Lei, consumidor é qualquer “pessoa singular que atue com fins que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”.

No fundo, esta definição vai ao encontro do que se disse até aqui, o que demonstra que o consumidor internauta não é diferente dos outros consumidores, não obstante o meio de comunicação utilizado ser diferente. Em bom rigor, embora a contratação pela internet ofereça ao consumidor uma panóplia de opções que as formas tradicionais de aquisição de bens e serviços não oferecem, a sua qualificação jurídica como consumidor tem subjacente exatamente o mesmo fundamento das demais definições: a especial necessidade de proteção derivada da situação de debilidade em que se encontra.

Assim, consideramos que a noção de consumidor poderá variar em função da matéria regulada, mas não em função do meio de comunicação adotado. As especificidades inerentes à utilização das novas tecnologias como ferramentas de celebração de contratos de consumo exigirá, todavia, a adoção de certos comportamentos por parte do profissional com vista a equilibrar tanto quanto possível esta relação jurídica desigual, mas isso não significa que estejamos perante uma realidade diferente da de um contrato de consumo²⁸.

Mas se dúvidas não existem quanto à qualificação como consumidor do utilizador da internet que adquire produtos ou serviços fora do seu âmbito profissional, o mesmo já não se poderá dizer quanto ao utilizador da internet que ainda não contratou nenhum produto ou serviço. Será que o simples ato de navegar na internet constitui um ato de consumo?

A resposta a esta questão dependerá sempre do fim visado pela navegação. Assim, se o elemento objetivo da noção de consumidor a restringe à aquisição de bens, serviços ou outros direitos, para uso não profissional, não poderemos considerar consumidor qualquer utilizador da internet, mas tão só aqueles que navegam com vista a adquirir bens, serviços ou outros direitos. Na verdade, aquele que pesquisa bens ou serviços através da internet deverá ter as mesmas garantias de proteção que o indivíduo que se

²⁸ No mesmo sentido, veja-se OLIVEIRA, Elsa Dias, *A Proteção dos Consumidores nos Contratos Celebrados através da Internet*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 57-58.

desloca presencialmente a um estabelecimento comercial exatamente com o mesmo objetivo.

Encontramo-nos igualmente na fase pré-contratual da relação de consumo e, como tal, deverão ser fornecidas todas as informações necessárias à formação livre e esclarecida da decisão do consumidor de contratar. O que acontece, todavia, no âmbito das relações de consumo estabelecidas através da internet é que o desequilíbrio informacional entre as partes é ainda mais acentuado, estando à disposição do profissional, inclusive, vários meios de manipular a vontade contratual do consumidor.

Ora, tudo o que impeça o consumidor de formar, livre e esclarecidamente, a sua decisão de contratar deve ser enquadrado na fase pré-contratual da relação de consumo e, bem assim, protegido nos termos da legislação de direito do consumo em geral e, em especial, pelas regras jurídicas aplicáveis à contratação eletrónica.

Sucedo, porém, que nem toda a legislação relevante no âmbito do objeto do presente trabalho, a privacidade dos consumidores no âmbito das comunicações comerciais em rede, visa diretamente a proteção do consumidor. Por exemplo, a Lei n.º 41/2004, que regula a matéria da privacidade no âmbito das comunicações de marketing direto, não se refere a consumidores, mas sim a assinantes.

Embora a Lei n.º 41/2004 não vise a proteção direta do consumidor, a verdade é que existem assinantes que podem ser considerados, em simultâneo, assinantes e consumidores na aceção da Lei da Defesa do Consumidor, pois, entre o assinante e o profissional pode existir uma relação de consumo no âmbito da qual se realizem comunicações eletrónicas não solicitadas.

Pelo exposto, sendo a multidisciplinaridade característica do direito do consumo²⁹, por este integrar e ter afinidades com normas de outros ramos do direito, consideramos dever ser atribuída relevância à noção de consumidor do art. 2.º, n.º 1, da LDC, enquanto “Lei-Quadro” do direito do consumo, para efeitos do direito à privacidade do consumidor.

²⁹ Cfr. CARVALHO, Jorge Morais, cit., pp. 24 e seguintes.

1.4. PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO ÂMBITO DA CONTRATAÇÃO ELETRÓNICA

Conforme já referido por diversas vezes ao longo do presente trabalho, a proteção especial da posição jurídica do consumidor justifica-se pelo desequilíbrio informacional que caracteriza a relação de consumo.

Ora, se enquanto parte mais fraca da relação de consumo a posição jurídica do consumidor já exige uma necessidade de tutela especial nas ditas formas de contratação tradicional, no âmbito da contratação eletrónica essa necessidade é ainda mais evidente. O que, desde logo, se compreende se pensarmos no facto de o consumidor internauta tomar a sua decisão de consumo com base em imagens e informações fornecidas através de um computador ou de outro dispositivo eletrónico.

Nesta senda, a par dos direitos consagrados no art. 3.º da LDC que, em geral, todos os consumidores têm, no âmbito das relações de consumo estabelecidas através de meios eletrónicos existe um direito à informação reforçado, que se manifesta nas regras que iremos enunciar em seguida.

Nos termos da legislação aplicável em matéria de contratos celebrados à distância, o que inclui, contratos celebrados através de meios eletrónicos, devem os profissionais prestar ao consumidor um conjunto obrigatório de informações antes da celebração do contrato, bem como, confirmar por escrito, após a celebração do mesmo, toda a informação previamente transmitida. Neste âmbito, destaca-se, ainda, o direito de livre resolução dos consumidores nos moldes que iremos analisar mais à frente.

O art. 4.º, n.º 1, da Lei n.º 24/2014 impõe ao profissional que celebra contratos à distância, ou fora do estabelecimento comercial, o dever de prestar ao consumidor, de forma clara e compreensível, um conjunto de informações obrigatórias. Notamos que, muitas vezes, o cumprimento deste dever do profissional é realizado por meio da comunicação comercial. Ou seja, o profissional transmite ao consumidor através de uma mensagem publicitária, no todo ou em parte, aquele conjunto de informações obrigatórias. Assim sendo, o cumprimento desta obrigação pelo profissional está intimamente ligado com o papel da comunicação comercial na proteção do consumidor,

motivo pelo qual remetemos a sua análise mais detalhada para o ponto 1.5. do presente trabalho, onde desenvolvemos esta temática.

A segunda regra, por seu turno, vem prevista no art. 6.º do referido Decreto-Lei que estabelece a obrigação de confirmação por escrito das informações prestadas, o mais tardar no momento da entrega do bem ou da prestação do serviço contratado. O estabelecimento deste dever compreende-se dada a natureza efémera dos meios de suporte de transmissão da informação utilizados na contratação à distância. Designadamente, e em especial, na contratação *online*, os meios eletrónicos de suporte são muitas vezes desativados ou alterados, perdendo-se a informação original prestada ao consumidor.

Por fim, o direito de livre resolução pelo consumidor dos contratos celebrados à distância, ou fora do estabelecimento comercial, previsto no art. 10.º do referido Decreto-Lei, fundamenta-se, por um lado, no facto de o consumidor não ter acesso físico ao bem até à entrega do mesmo, momento em que já concluiu o negócio, e, por outro, na possibilidade de reverter decisões de consumo irrefletidas.

Este direito de livre resolução visa equilibrar a proteção dada ao consumidor que adquire o seu produto numa loja física, que tem a possibilidade de se inteirar das reais características do mesmo, e ao consumidor que adquire o seu produto através da internet e que por isso apenas tem uma expectativa sobre as características do mesmo. Com esta solução visou-se acautelar a possibilidade, nestas circunstâncias bastante elevada, de o consumidor internauta ver defraudadas as suas legítimas expectativas em relação ao bem ou serviço contratado.

Mais, conforme iremos analisar no ponto seguinte do presente trabalho, o consumidor internauta está muitas vezes exposto à chamada “radiação publicitária”³⁰. Na internet o consumidor é reiteradamente instigado a adquirir produtos ou serviços, o que leva muitos consumidores a fazê-lo por impulso, não tomando uma decisão de consumo totalmente livre e esclarecida.

³⁰ Cfr. COUTO, Rute, “A Privacidade dos Consumidores”, in *Solicitadoria e Ação Executiva Estudos*, n.º 1, Câmara dos Solicitadores, Lisboa, 2013, p. 104.

Pelo exposto se compreende a possibilidade dada ao consumidor nos contratos à distância, ou fora do estabelecimento comercial, de durante um período de tempo determinado, que será sempre, no mínimo, de 14 dias, refletir sobre a sua decisão de consumo, conforme determina o referido art. 10.º do Decreto-Lei n.º 24/2014. Se durante esse período de reflexão o consumidor se arrepender e pretender desvincular-se do contrato celebrado poderá fazê-lo livremente, sem estar sujeito ao pagamento de qualquer indemnização e sem estar obrigado a indicar a sua motivação.

1.5. O PAPEL DA COMUNICAÇÃO COMERCIAL

Em termos gerais, a informação pré-contratual já assume um papel de fulcral relevância. O art. 227.º do CC determina que “quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”.

O direito à informação do consumidor tem no seu reflexo o dever do profissional de informar os consumidores que, conforme temos vindo a referir, se torna ainda mais necessário nos contratos celebrados através da internet.

A tutela da posição jurídica do consumidor no âmbito da comunicação comercial assenta, sobretudo, no seu direito à informação, na medida em que é esta que permite ao consumidor adotar uma decisão de consumo racional, livre e esclarecida. A proteção da capacidade crítica do consumidor é assumida, desde logo, no caso GB-INNO-BM³¹, no qual o TJUE considerou que proteger o consumidor é criar condições para que este adote um comportamento ativo e responsável que lhe permita tomar decisões de consumo racionais.

O caráter fundamental deste direito do consumidor evidencia-se, desde logo, no monopólio informativo dos profissionais, produtores e distribuidores de bens e serviços, sobre os produtos que comercializam. A decisão económica do consumidor depende sempre das informações que estes lhe transmitem.

³¹ Vide Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 7 de março de 1990, processo n.º C-362/88.

Nesse sentido, o Decreto-Lei n.º 24/2014, na sequência da Diretiva n.º 2011/83/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, veio estabelecer um conjunto de informações que, sem prejuízo de outras que o profissional entenda ser conveniente prestar, devem obrigatoriamente ser transmitidas ao consumidor.

Designadamente, determina o seu art. 4.º, n.º 1, que em tempo útil e em momento prévio à celebração do contrato à distância deve ser fornecida ao consumidor informação sobre (i) a identificação do profissional, (ii) as características essenciais do bem ou serviço, (iii) o respetivo preço total, (iv) as eventuais despesas de entrega ou execução, (v) modalidades de pagamento, entrega ou execução, (vi) a existência de direito de resolução do contrato, (vii) a duração da validade das condições oferecidas e, quando seja o caso, a duração mínima do contrato e, ainda, (viii) o eventual custo associado à técnica de contratação à distância utilizada.

Atualmente, a comunicação comercial é uma das principais formas de o profissional transmitir estas informações ao consumidor, sem prejuízo de existirem outras, uma vez que nos termos do n.º 1 do acima referido art. 4.º, apenas se exige que aquelas informações sejam prestadas de forma clara e compreensível, observando o princípio da lealdade comercial e através de um meio adequado à técnica de comunicação utilizada.

Nestes termos, se cumprir aqueles requisitos, a comunicação comercial pode ser um meio adequado à transmissão daquelas informações ao consumidor, não obstante no âmbito da contratação eletrónica, muitas vezes, as informações prestadas através da publicidade acabarem por ser reiteradas ou completadas pelo profissional antes da celebração do contrato.

A consciência da aptidão informativa da mensagem publicitária, sobretudo da veiculada *online*, justificou a previsão no âmbito da legislação sobre a contratação eletrónica, de um conjunto de informações que devem constar obrigatoriamente de todas as comunicações comerciais prestadas à distância através de meios eletrónicos.

Assim, nos termos do art. 21.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, as comunicações comerciais devem, em qualquer circunstância, cumprir os requisitos que se enunciam em seguida.

Em primeiro lugar, a comunicação comercial deverá ser clara e inequivocamente identificada como tal. Em segundo lugar, deve identificar sem margens para dúvidas o anunciante. E, por fim, deve ainda conter toda a informação sobre ofertas promocionais, nomeadamente, descontos, prémios e presentes, e sobre as respetivas condições a preencher para delas usufruir.

Na verdade, através da comunicação comercial, o profissional consegue, por um lado, cumprir em parte o seu dever de informação ao consumidor e, por outro lado, promover os seus bens ou serviços, apelando e persuadindo o consumidor a adquiri-los. Aliás, muitas vezes o primeiro contacto que o consumidor tem com o produto é precisamente através da publicidade que lhe é dirigida, sendo esse o momento em que obtém as primeiras informações sobre o mesmo e, até, sobre as respetivas condições negociais.

Nesta senda, o consumidor vê na publicidade uma das formas de estar informado (e muitas vezes, a única) para tomar convenientemente as suas decisões de consumo. Esta necessidade informativa leva, contudo, a que o consumidor fique exposto à tal “radiação publicitária”, onde o principal objetivo do anunciante é a promoção do seu produto ou serviço, negligenciando na maioria das vezes o rigor informativo a que está obrigado.

Esta circunstância fundamenta a previsão do art. 7.º, n.º 5, da LDC, que determina que as “informações concretas e objetivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito consideram-se integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão”.

No mesmo sentido, aliás, o art. 2.º, n.º 2, al. d), do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de maio, atribui relevância vinculativa à publicidade, na medida em que determina que o produtor, ou vendedor, é responsável pela desconformidade do bem em relação às condições descritas não só na declaração de garantia, mas também na publicidade que transmite ao consumidor³².

Ora, quando o profissional presta, numa fase pré-contratual, aos consumidores toda a informação a que está obrigado, deve atuar de acordo com os ditames da boa fé e, bem

³² Para uma análise mais detalhada sobre este aspeto *vide* ponto 2.3. do presente trabalho.

assim, colaborar com, e aconselhar, o consumidor. Como tal, inerente a este dever de informação está o dever de colaboração e de conselho dos profissionais.

Os referidos deveres do profissional, na verdade, já decorreriam das regras da teoria geral do direito civil, aplicáveis em geral a todos os contratos. Assim, atente-se, desde logo, no art. 762.º, n.º 2, do CC, que determina que as partes devem proceder de boa fé no cumprimento das obrigações por si assumidas. Ora, em bom rigor, o que a referida legislação faz é adaptar as regras civis à realidade específica da contratação eletrónica³³.

Assim, ao tornar a publicidade também fonte de eventuais obrigações contratuais, o legislador visou evitar que os produtores e vendedores de bens ou serviços recorram à sua utilização desvirtuando a sua utilidade informativa. Portanto, a regulação jurídica da disciplina da publicidade revela-se fundamental na garantia dos direitos do consumidor, uma vez que com frequência se verifica que “as decisões quotidianas de compra pelos consumidores apoiam-se mais nas sensações provocadas pela publicidade do que nas concretas características dos produtos e serviços a adquirir”³⁴.

³³ MARQUES, José Augusto Garcia, e MARTINS, Lourenço, cit., p. 410.

³⁴ COUTO, Rute, “Publicidade: Dimensão do Direito do Consumidor à Informação”, in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Vol. III, n.º 9, Lisboa, 2013, p. 57.

2. COMUNICAÇÃO COMERCIAL NAS NOVAS TECNOLOGIAS

Conforme referimos no início do nosso estudo, no final da década de 70 do século passado assistimos a uma mudança do paradigma nas relações de consumo. Até aí, a oferta de bens e serviços no mercado era escassa e, nessa medida, não existia propriamente publicidade como conhecemos hoje. A indústria limitava-se a dar a conhecer ao mercado que fabricava determinado produto com determinadas características.

O mercado assiste à tal mudança de paradigma quando a escassez dá lugar ao excesso de oferta de produtos e serviços e ao consequente aumento da concorrência. Nessa medida, os profissionais da indústria de consumo, que se começara então a expandir, passaram a recorrer à mensagem publicitária como forma de demonstrar ao público em geral a diferença dos seus produtos face aos dos seus concorrentes.

Assim, a publicidade deixou de veicular uma mera descrição dos bens e serviços disponibilizados para passar a conter uma “Proposta Distintiva de Venda” (USP ou *Unique Selling Proposition*)³⁵, onde o profissional evidencia, antes de mais, as vantagens que o consumidor terá se utilizar aquele produto em detrimento de outros iguais ou semelhantes disponibilizados pela concorrência.

A par desta alteração de paradigma deu-se, também, o rápido desenvolvimento das novas tecnologias, que se tornaram num dos principais aliados dos profissionais na divulgação dos seus produtos e serviços no mercado. Os avanços tecnológicos permitiram o desenvolvimento de novas formas de interação entre profissional e consumidor, as quais desenvolveremos mais detalhadamente ao longo do presente capítulo.

O conceito de comunicação comercial é definido de forma particularmente ampla no nosso ordenamento jurídico. Não obstante, dado o objeto da presente dissertação, essa definição ampla de publicidade deverá ser delimitada, cabendo esclarecer afinal que realidades se reportam ao conceito de comunicação comercial em rede no âmbito das relações de consumo.

³⁵ AMORIM, Ana Clara Azevedo de, cit., p. 169.

Compreendida a realidade subjacente ao conceito de comunicação comercial, cumpre fazer-se uma breve análise dos princípios que devem ser observados quanto ao conteúdo da mensagem publicitária, destacando-se, sobretudo, o princípio do respeito pelos direitos dos consumidores. Nessa medida, impõe-se a consideração do conteúdo da mensagem publicitária como contratualmente relevante no âmbito da relação de consumo.

Esta análise dos pontos fundamentais do regime jurídico da publicidade em geral é fundamental para compreender as especificidades das novas formas de comunicação comercial face às tradicionalmente utilizadas pelos profissionais, em especial, a sua principal característica distintiva: a interatividade.

A comunicação comercial na internet pode assumir diversas formas que a par das vantagens que atraem cada vez mais profissionais comporta sérios riscos para os direitos dos consumidores e, em especial, para o seu direito à privacidade. Assim, é fundamental compreender o modo de funcionamento de cada uma delas para, então, compreender a problemática da privacidade que será objeto de análise no capítulo seguinte.

2.1. NOÇÃO DE COMUNICAÇÃO COMERCIAL

Tradicionalmente, comunicação comercial, vulgarmente conhecida como publicidade, é definida por referência ao suporte utilizado na sua divulgação, identificando-se como publicidade toda a mensagem que, com uma finalidade persuasiva, seja veiculada através de um meio de comunicação de massas, como a televisão ou a imprensa escrita, por exemplo, onde o titular do suporte de comunicação é remunerado para a divulgação da mensagem publicitária.

No entanto, no ordenamento jurídico português adotou-se uma noção ampla de comunicação comercial. Atente-se, desde logo no art. 3.º, n.º 1, do Código da Publicidade que determina que publicidade é “qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal” com a finalidade de, direta ou indiretamente, promover bens e serviços com vista à sua comercialização ou de promover “ideias, princípios, iniciativas ou instituições”. Assim sendo, o conceito de publicidade adotado não

depende do “suporte utilizado para a sua difusão”, conforme, aliás, decorre do art. 1.º do Código da Publicidade.

Segundo Rui Moreira Chaves³⁶, o conceito adotado pelo nosso Código da Publicidade possui, assim, quatro elementos essenciais, a estrutura, os sujeitos, o objeto e o fim. Ora, a estrutura da publicidade será a sua forma de comunicação. Os sujeitos, as pessoas singulares ou coletivas de natureza pública ou privada. O objeto será o âmbito em que é veiculada, designadamente, comercial, industrial, artesanal ou liberal. E, por fim, a finalidade, a promoção da aquisição de bens ou serviços, de ideias, princípios, iniciativas ou instituições.

Assim, cabem neste conceito de publicidade não só as mensagens divulgadas através dos referidos meios tradicionais de comunicação de massas, como também as mensagens divulgadas através de outros meios mais individualizados. Referimo-nos, nomeadamente, às mensagens que têm como destinatário apenas uma única pessoa, como é o caso das comunicações comerciais não solicitadas veiculadas por *e-mail*.

Na verdade, embora a mensagem publicitária se considere uma mensagem de massas, cujo destinatário é o público em geral, tal circunstância não prejudica a natureza publicitária das mensagens dirigidas a destinatários determinados³⁷, pois, apesar de serem recebidas individualmente por uma única pessoa, o seu envio é realizado em massa. Ou seja, a mensagem publicitária é enviada de em quantidade massiva, embora os seus destinatários a recebam individualmente na sua caixa de correio eletrónico.

Nesta senda, uma mensagem será publicitária se for idónea para promover bens e serviços, ou seja, é a finalidade que traça a fronteira entre a comunicação em geral e a comunicação comercial. Uma interpretação literal do conceito de comunicação comercial evidencia, desde logo, o facto de estarem em causa comunicações estabelecidas no âmbito de relações comerciais.

Aliás, desde cedo que é aceite pela doutrina e jurisprudência uma definição ampla de publicidade. Atente-se, desde logo, na definição dada pelo *Cour de Cassation* (*cassation criminel*, 12 de novembro de 1986), segundo a qual publicidade é “todo o meio de

³⁶ Vide CHAVES, Rui Moreira, *Código da Publicidade Anotado*, Almedina, 2015, p. 21.

³⁷ Cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de, “Conceito de Publicidade”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 349, 1985, p. 116.

informação destinado a permitir a criação, por um cliente potencial, de uma opinião sobre os resultados que podem ser obtidos através de um bem ou serviço que lhe é proposto”³⁸.

Segundo a definição do art. 3.º do Código da Publicidade, publicidade é sempre um ato de comunicação, contudo, nem todo o ato de comunicação pode ser considerado publicidade. Para efeitos do presente estudo deve ser reservado ao conceito de publicidade apenas as mensagens publicitárias que são estabelecidas no âmbito da realização de uma atividade económica.

No entanto, uma definição ampla de publicidade não considera como tal apenas as mensagens publicitárias que visam a aquisição de bens ou serviços, abrangendo, igualmente, aquelas que têm como finalidade a promoção de uma ideia ou instituição, mas não especificamente um produto ou serviço.

Nestes termos, a análise da questão do ponto de vista do direito do consumo impõe a delimitação do conceito amplo de publicidade que é estabelecido na lei. Assim, apenas deverão considerar-se como publicitárias as formas de comunicação utilizadas no âmbito de uma atividade económica com o fim de promover a comercialização de bens ou de serviços.

A definição ampla de publicidade deverá, ainda, sofrer uma segunda delimitação, pois, atento o objeto do presente trabalho, não deverá ser considerada relevante a publicidade veiculada no âmbito de quaisquer relações de comércio, mas apenas aquela que é veiculada no âmbito das relações de consumo, a partir do profissional para o consumidor.

Em bom rigor, segundo uma definição ampla de publicidade, os destinatários da mensagem publicitária poderão não ser apenas consumidores, pois, tal definição considera que a publicidade não promove apenas a venda de bens ou serviços destinados a um uso não profissional. Assim, também a divulgação de bens ou serviços destinados ao uso profissional, com vista a promover o estabelecimento de uma relação comercial entre profissionais, poderá ser considerada publicidade nos termos de uma definição ampla de publicidade.

³⁸ Cfr. SERRA, Celso António, cit., p. 473.

Por todo o exposto, concluímos que a definição de publicidade relevante para a análise da problemática da comunicação comercial em rede no âmbito das relações de consumo deverá ser duplamente delimitada: em primeiro lugar, comunicação comercial não se traduz na divulgação de uma qualquer mensagem, mas tão só de uma mensagem comercial, ou seja, aquela que visa o estabelecimento de um relação de consumo entre o anunciante e o destinatário; em segundo lugar, não será relevante qualquer tipo de comunicação comercial, mas tão só aquela em que o anunciante é um profissional e o destinatário um consumidor.

Portanto, comunicação comercial significará sempre a divulgação de uma mensagem com vista ao estabelecimento de um certo tipo de relação comercial, designadamente, de uma relação de consumo. Concluindo-se, assim, que apesar de a comunicação comercial ser sempre enquadrada como publicidade, nem toda a publicidade pode ser enquadrada como comunicação comercial³⁹.

2.2. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Antes de se iniciar a análise dos princípios da mensagem publicitária, é importante salientar o princípio da liberdade de publicitar, que permite e fomenta a existência de um mercado livre e concorrencial. Contudo, para que assim seja, a forma como os demais intervenientes do mercado, designadamente, os profissionais, publicitam os seus produtos ou serviços deve observar determinadas regras e princípios, por forma a não colocar em causa os direitos dos seus destinatários.

A proibição de publicidade oculta, indireta ou dolosa vem desde logo elencada no art. 60.º, n.º 2, da CRP que sob a epígrafe “direitos dos consumidores” define os contornos básicos do direito à informação do consumidor, remetendo para a lei ordinária a disciplina da mensagem publicitária.

Nessa senda, o nosso Código da Publicidade estabelece, no seu art. 6.º, quatro princípios fundamentais a observar quanto ao conteúdo da mensagem publicitária: licitude, identificabilidade, veracidade e respeito pelos direitos do consumidor.

³⁹ Não obstante as diferenças assinaladas, optámos por ao longo do presente trabalho utilizar indiferenciadamente as palavras “publicidade” e “comunicação comercial” para nos referirmos à mesma realidade, nomeadamente, à definição de publicidade duplamente delimitada.

O princípio da licitude desenvolvido no art. 7.º do Código da Publicidade proíbe a utilização de certas formas de publicidade, bem como de certos conteúdos publicitários, que ofendam valores fundamentais consagrados constitucionalmente, restringindo-se, assim, o âmbito do que é permitido dizer quando se está a anunciar um produto ou serviço.

Por seu turno, o princípio da identificabilidade, desenvolvido no art. 8.º do mesmo diploma, visa garantir que toda a mensagem publicitária é inequivocamente identificada como tal pelo seu destinatário. Assim, concretizando o preceito constitucional acima referido, a publicidade não deve ser oculta ou dissimulada, isto é, o seu destinatário deverá ter sempre consciência de que está a ser alvo de uma mensagem publicitária.

No âmbito do comércio eletrónico, o princípio da identificabilidade assume contornos mais exigentes, na medida em que se requer, ainda, que a mensagem publicitária permita ao seu destinatário identificar inequivocamente o seu anunciante, conforme determina o art. 21.º, al. b), do Decreto-Lei n.º 7/2004.

Aliás, de acordo com a al. c) do mesmo art. 21.º, no âmbito das comunicações publicitárias prestadas por via eletrónica deverão, ainda, ser claramente identificáveis todas as “ofertas promocionais, como descontos, prémios ou brindes, e os concursos ou jogos promocionais, bem como os condicionalismos a que ficam submetidos”.

Além da identificação inequívoca da sua natureza publicitária, o conteúdo da mensagem deve, ainda, ser verdadeiro e não deformar os factos, em observância do princípio da veracidade consagrado no art. 10.º do Código da Publicidade. Nessa medida, todas as afirmações publicitárias relativas a características da transação comercial, que o anunciante pretende realizar com o destinatário da mensagem, deverão ser suscetíveis de prova a todo o momento.

Ainda no âmbito do princípio da veracidade, o art. 11.º do mesmo diploma estabelece a proibição de publicidade enganosa, remetendo a sua definição para o Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, relativo às práticas comerciais desleais, cujos contornos não serão aqui diretamente objeto de estudo.

Por fim, determina o art. 12.º do Código da Publicidade o princípio do respeito pelos direitos do consumidor, proibindo toda a publicidade que atente contra estes. Não

obstante a importância de todos os outros princípios referidos até aqui, para efeitos do presente estudo, este é o princípio mais relevante por dizer respeito especificamente aos direitos dos consumidores.

O princípio do respeito pelos direitos do consumidor, em geral, incluirá, assim, a obrigatoriedade de respeito pelo direito à informação e à privacidade dos consumidores no âmbito das comunicações publicitárias em geral e, em especial, no âmbito das comunicações publicitárias em rede.

Nessa medida, a mensagem publicitária que adote forma ou conteúdo que atente contra o direito à privacidade dos consumidores é relevante não só no âmbito do direito do consumo, enquanto violação dos direitos do consumidor, mas também no âmbito do direito da publicidade, sendo suscetível de criar responsabilidade contraordenacional para a entidade responsável pela mensagem publicitária, nos termos do art. 34.º do Código da Publicidade.

2.3. RELEVO CONTRATUAL DA MENSAGEM PUBLICITÁRIA

Conforme já referido, a mensagem publicitária, a par do seu caráter informativo, tem como principal finalidade levar o consumidor a tomar a decisão de adquirir o bem ou serviço anunciado. Assim sendo, será que a informação divulgada na publicidade vincula o anunciante quando o consumidor toma essa decisão?

A resposta legislativa a esta questão parece ser positiva. Desde logo, no art. 7.º, n.º 5, da LDC, se prevê que “as informações concretas e objetivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito consideram-se integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão, tendo-se por não escritas as cláusulas contratuais em contrário”.

No mesmo sentido, o regime da compra e venda de bens de consumo previsto no Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de maio, nos seus arts. 1.º-B, al. f) e 2.º, n.º 2, al. d), determina o caráter vinculativo das qualidades e desempenhos atribuídos ao bem de consumo na respetiva publicidade. Por

esse motivo, se considera que “a publicidade nunca é enganosa”⁴⁰, uma vez que o profissional fica sempre vinculado às suas declarações publicitárias. Se essas não forem verdadeiras, o profissional incumpe o contrato celebrado com o consumidor.

Por seu turno, a resposta da doutrina à questão suscitada revela-se mais exigente, na medida em que apenas se considera como contratualmente relevante a mensagem publicitária que reúna cumulativamente determinados requisitos. Segundo Carlos Ferreira de Almeida⁴¹, só será contratualmente relevante a mensagem publicitária que sendo anterior à celebração do respetivo contrato de consumo, assegure objetiva e concretamente determinadas qualidades do produto ou serviço anunciado.

Mais, exige-se, ainda, que o conteúdo publicitário esteja adequadamente interligado ao restante conteúdo do contrato de consumo que se está a celebrar. Assim, em princípio, não será relevante o conteúdo publicitário de mensagens divulgadas por meros anunciantes que não são parte no contrato, a não ser que exista o tal nexó entre a mensagem e o conteúdo do contrato, como acontece, por exemplo, nas situações em que o anunciante remete para a publicidade originária do profissional. Portanto, note-se que o facto de o anunciante ser diferente do profissional não se traduz sem mais na desconsideração do relevo contratual da mensagem publicitária.

Referimo-nos, designadamente, às situações em que o anunciante se limita a transpor na sua mensagem publicitária o conteúdo publicitário original do profissional. Isto sucede com bastante frequência na publicidade veiculada na internet através dos chamados *hipernexos*⁴². Ou seja, o produto ou serviço é anunciado de forma genérica na página *web* do anunciante remetendo-se o consumidor, através do *hipernexo*, para a página *web* que contém a publicidade originária do profissional. Nestes casos, não obstante o anunciante e o profissional serem entidades distintas, o conteúdo da mensagem publicitária poderá ser contratualmente relevante se se verificarem cumulativamente todos os requisitos acima enunciados.

⁴⁰ CARVALHO, Jorge Morais, cit., p. 215.

⁴¹ Cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1992, pp. 905 e seguintes.

⁴² Vide Ponto 2.4.2. do presente trabalho.

Aliás, nem o art. 7.º, n.º 5, da LDC, nem o art. 2.º, n.º 2, al. d) do Decreto-Lei n.º 67/2003, fazem qualquer distinção em relação ao emitente da mensagem publicitária. Assim, devem ser consideradas parte integrante do contrato quer as mensagens publicitárias emitidas diretamente pelo profissional, que irá assumir a qualidade de parte no contrato a celebrar com o consumidor, quer as emitidas por terceiros.

Aliás, considerar o profissional vinculado às declarações públicas de terceiro nos contratos que celebre com o consumidor nessa sequência é uma decorrência do princípio da lealdade. Portanto, o profissional só não fica vinculado às declarações publicitárias de terceiros sobre os bens ou serviços que coloca à disposição do consumidor, se provar que não conhecia aquelas declarações nem que lhe era exigível delas conhecer. Só nestas circunstâncias se considera haver uma quebra no elemento de conexão entre a mensagem publicitária emitida por terceiro e o contrato celebrado pelo profissional com o consumidor.

Além da exigência de que o conteúdo da mensagem publicitária seja concreto e objetivo, deve ainda ser tido em conta que, conforme determina o art. 2.º, n.º 2, al. d) do Decreto-Lei n.º 67/2003, a mesma só será contratualmente relevante quando refira “qualidades e o desempenho habituais nos bens do mesmo tipo”. Ou seja, se o profissional associa na sua mensagem publicitária a um determinado produto ou serviço uma qualidade ou desempenho que não é possível⁴³, o consumidor normal não deverá assumir essa declaração do profissional como uma característica do bem.

Nos termos do referido preceito, exige-se, ainda, que o consumidor possa razoavelmente contar com as características anunciadas pelo profissional, o que significa que se o profissional inclui na mensagem publicitária elementos que não criam no consumidor normal uma expectativa razoável, os mesmos não se devem considerar incluídos no conteúdo do contrato⁴⁴.

⁴³ Uma interpretação teleológica do art. 2.º, n.º 2, al. d), do Decreto-Lei n.º 67/2003 impõe que se considere que as qualidades ou desempenhos habituais se referem a características possíveis dos bens ou serviços anunciados. Para mais desenvolvimentos, *vide* CARVALHO, Jorge Morais, cit., p. 218, e SILVA, João Calvão da, *Venda de Bens de Consumo*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pp. 89 a 92.

⁴⁴ As declarações do profissional nas suas mensagens publicitárias integram o clausulado contratual sem sobre as mesmas ter havido qualquer tipo de negociação entre profissional e consumidor. Nesse sentido,

Note-se, no entanto, que existem argumentos contra a atribuição de relevância contratual à mensagem publicitária. Nessa senda, argumenta-se que as declarações publicitárias têm um carácter promocional que não se equipara a uma declaração negocial, na medida em que quem anuncia um determinado produto ou serviço não o faz com a finalidade de se obrigar. Portanto, não se equiparando a uma declaração negocial, a mensagem publicitária não se pode considerar contratualmente relevante.

Este não é, no entanto, o nosso entendimento. Para que melhor se compreenda o motivo pelo qual discordamos do argumento contra a atribuição de relevância contratual à mensagem publicitária, chamamos aqui à colação os ensinamentos da teoria do negócio jurídico, cujo elemento verdadeiramente constitutivo é o comportamento declarativo das partes que exteriorize uma manifestação de vontade face a determinados efeitos jurídicos.

Quanto a esta matéria adotamos aqui a teoria dos efeitos prático-jurídicos apontada pelo Professor Carlos Mota Pinto⁴⁵ como a correta. Ou seja, a manifestação de vontade decisiva para existir um negócio jurídico é a “vontade de os efeitos práticos queridos serem juridicamente vinculativos”. Ora, em bom rigor, o profissional que anuncia determinado produto quer atingir um determinado efeito prático, a venda desse produto, que se traduz na realização de um negócio jurídico, um contrato de compra e venda, no caso, relativo a um bem de consumo, que terá como efeitos jurídicos a constituição de direitos e obrigações para ambas as partes.

Assim, não consideramos que o profissional ao anunciar um determinado produto ou serviço o faça sem intenção de se obrigar mediante a celebração de um contrato de compra e venda, quando, na verdade, a principal finalidade visada pelo mesmo é persuadir o consumidor a adquirir o produto ou serviço anunciado. O que só acontece mediante a celebração de um contrato de compra e venda com o consumidor, do qual decorrem, naturalmente, obrigações para o profissional. Portanto, se após o anúncio de

considera-se que as mesmas assumem a natureza de cláusulas contratuais gerais, aplicando-se o respetivo regime jurídico do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, com a redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de dezembro. Para mais desenvolvimentos, vide ALMEIDA, Carlos Ferreira de, “Relevância Contratual das Mensagens Publicitárias”, in *Congresso Internacional de Responsabilidade Civil*, Blumenau, 1995, pp. 136 e seguintes.

⁴⁵ PINTO, Carlos Alberto Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 382.

determinado produto, o consumidor decide adquiri-lo, as condições anunciadas devem ser consideradas declarações negociais e, bem assim, parte integrante do conteúdo do contrato.

Mais, em bom rigor, o relevo contratual da mensagem publicitária é uma decorrência do princípio da licitude, na medida em que, se após ser confrontado com determinada publicidade, o consumidor decide adquirir o respetivo produto ou serviço, este tem uma legítima expectativa de o adquirir de acordo com as condições publicitadas.

Assim, sempre que o anunciante não conferir relevo contratual às suas declarações publicitárias comete um ilícito contraordenacional, na medida em que estamos perante uma violação do princípio da licitude e do princípio do respeito pelos direitos do consumidor, nos termos do art. 34.º do Código da Publicidade. Aliás, sempre que as condições publicitadas não correspondam às condições de venda efetivas, segundo o já mencionado art. 7.º, n.º 5, da LDC, *in fine*, estas últimas têm-se por não escritas em tudo o que for contrário às primeiras.

Em conclusão, não se poderá ignorar que o conteúdo da mensagem publicitária é suscetível integrar o conteúdo do respetivo contrato de compra e venda celebrado entre profissionais e consumidores. Como tal, os profissionais deverão ser rigorosos e exigentes nas mensagens publicitárias que transmitem aos consumidores, independentemente do suporte utilizado na transmissão das mesmas. Portanto, tudo o que até aqui foi dito vale para as mensagens publicitárias transmitidas através da internet, desde que se verifiquem todos os requisitos enunciados para que as mesmas sejam consideradas contratualmente relevantes.

2.4. COMUNICAÇÃO COMERCIAL EM REDE

Comunicar em rede significa transferir informação eletronicamente, designadamente, através da internet. Atualmente a internet é um amplo espaço publicitário, praticamente ilimitado, na medida em que não existe qualquer tipo de limitação quantitativa à informação colocada em rede.

O desenvolvimento da publicidade em rede deu-se a par do desenvolvimento do comércio em rede. Atraídos pelas potencialidades comerciais das novas tecnologias, os comerciantes veem na internet uma forma de dar a conhecer os seus produtos a um maior número de consumidores.

Ora, os suportes publicitários disponibilizados através da internet permitem publicitar produtos e serviços das mais variadas formas possíveis, sem barreiras geográficas, de forma instantânea e com um custo bastante inferior ao das tradicionais formas de publicitar. A comunicação comercial desenvolvida em rede pode assumir diversas formas, não obstante todas partilharem da característica da interatividade inerente à rede. Nomeadamente, a comunicação comercial em rede pode assumir, por um lado, formas de publicidade passiva e, por outro, formas de publicidade ativa ou inoportuna⁴⁶.

Assim, são consideradas formas de publicidade passiva aquelas que não se impõem na esfera do consumidor independentemente da sua vontade. Referimo-nos, por exemplo, à publicidade de produtos em páginas *web*, às quais o consumidor acede por sua livre vontade. Por seu turno, são consideradas formas de publicidade ativa ou inoportuna aquelas que se impõem diretamente ao consumidor, independentemente da sua vontade e sem a sua solicitação prévia, como é, por exemplo, o caso do chamado *spam*, ou seja, da publicidade veiculada através de mensagens de correio eletrónico não solicitadas.

A internet é, assim, um meio *sui generis* que, em virtude das suas especificidades tecnológicas, assume características completamente diferentes dos demais suportes publicitários tradicionais. A principal diferença da publicidade veiculada através da internet face às tradicionais formas de publicitar reside essencialmente na sua característica da interatividade, a qual analisaremos em seguida.

⁴⁶ LEITÃO, Adelaide Menezes, “Publicidade ...”, cit., p. 290.

2.4.1. ESPECIFICIDADES: A CARACTERÍSTICA DA INTERATIVIDADE

A comunicação comercial em rede, também conhecida como *interactive advertising*, ou seja, publicidade interativa, proporciona uma maior proximidade entre os intervenientes da relação de consumo. Esta interatividade permite aos profissionais em rede uma maior personalização dos produtos ou serviços disponibilizados, encontrando-se mais facilmente o ponto de equilíbrio entre a oferta e a procura no mercado.

A comunicação comercial em rede permite uma troca de informação entre profissional e consumidor que não se verifica em nenhum outro meio publicitário. A posse dessa informação permite a quem se propõe vender um determinado produto ou serviço transmitir a respetiva informação comercial de forma mais eficaz.

Ora, porque é dirigida ao público em geral, a publicidade tradicional abrange um leque mais diversificado e abrangente de bens e de serviços. O que se compreende se pensarmos na heterogeneidade dos interesses de consumo que existe entre o público em geral.

Assim, esta incapacidade de identificar e individualizar os perfis de consumo relevantes resulta numa menor eficácia na transmissão da mensagem publicitária. Esta dificuldade é, no entanto, suscetível de ser ultrapassada se forem utilizados suportes de comunicação em rede, dada a sua característica da interatividade.

De um modo geral a comunicação comercial em rede processa-se em diferentes graus de precisão da informação. Em regra, começa-se por uma apresentação genérica de um determinado produto ou serviço que nos conduz a uma mensagem publicitária mais detalhada e daí até à celebração do contrato de consumo propriamente dito.

Assim, por exemplo, o consumidor que navega na internet pode ser confrontado com uma publicidade genérica, relativa a um determinado produto ou serviço, transmitida através de uma pequena imagem inserida na página *web* onde se encontra a navegar. Se clicar sobre essa imagem o consumidor é remetido para uma outra página *web*, em regra a página principal do profissional, que contém uma descrição mais pormenorizada do produto genericamente anunciado. Após ser confrontado com todas as menções

publicitárias referentes ao produto ou serviço que o levou até àquela página, é apresentada ao consumidor uma proposta contratual de aquisição do mesmo, a qual este pode aceitar através de um simples clique.

Nenhum outro suporte publicitário permite efetivar a transação comercial visada com tanta eficácia e rapidez. Vejamos o caso da publicidade veiculada através da televisão. Aqui, o consumidor pode ser igualmente confrontado com o produto no conforto da sua casa, contudo, na maioria das vezes, se pretender adquiri-lo tem de se deslocar à loja para o fazer.

A publicidade através da internet tem esta especificidade, a interatividade, que ultrapassa todas as barreiras físicas, geográficas e temporais. A mensagem publicitária divulgada *online* pode ser transmitida a partir de, e para qualquer, parte do mundo onde exista um dispositivo eletrónico com acesso à internet, de forma praticamente instantânea e imediata.

Por outro lado, a característica da interatividade destas modernas formas de comunicação comercial manifesta-se, ainda, na aproximação entre os intervenientes da relação de consumo. Ora, o profissional *online* consegue interagir mais com o consumidor, pois, a utilização de um suporte de comunicação em rede permite-lhe recolher uma série de informação pessoal do consumidor e traçar o seu perfil de consumo, o que nem sempre acontece no âmbito das relações de consumo tradicionais. Na verdade, é possível que um consumidor que se desloca a uma loja física para adquirir um determinado bem ou serviço, o faça sem fornecer um único dado pessoal ao profissional.

O não fornecimento de informação pessoal pelo consumidor ao profissional é praticamente impossível no âmbito das transações comerciais realizadas em rede, pois, essas pressupõem, quase sempre, a realização de um registo ou a criação de uma conta de utilizador na página do profissional. Mas, mesmo quanto tal não seja exigido, será sempre necessário o consumidor indicar os seus dados pessoais com vista à realização do pagamento ou à entrega do bem ou serviço contratado.

Desta forma é possível o profissional extrair informação vária, e relevante, sobre o perfil da sua clientela, informação essa que se revela fundamental na criação de publicidade direcionada para um determinado público-alvo. Nessa medida, a atividade publicitária em rede acaba por se tornar numa das principais ferramentas de desenvolvimento eficaz do seu negócio, pois, a tal interatividade que lhe é inerente permite ao profissional tomar decisões comerciais com menor risco.

2.4.2. FORMAS DE COMUNICAÇÃO COMERCIAL

Apesar de todas as formas de publicidade utilizadas no âmbito do comércio eletrónico partilharem a mesma característica da interatividade, se analisadas individualmente relevam características distintivas entre si com consequências, por um lado, quanto à eficácia na transmissão de informação ao consumidor e, por outro, quanto à suscetibilidade de desrespeito do seu direito à privacidade. Começaremos a sua análise pelas chamadas formas passivas (pelo menos, aparentemente) de publicidade em rede: os sítios publicitários e os *banners*.

Os sítios publicitários são páginas *web* que contêm uma oferta de bens e serviços, às quais o consumidor acede por sua livre iniciativa e vontade. Ou seja, não lhe é imposta a visualização desse conteúdo, acedendo o próprio consumidor ao sítio *online* através da *World Wide Web* (“WWW”) ou através de *banners* inseridos nessas páginas *web*.

Segundo Oliveiras Ascensão⁴⁷, *World Wide Web* compreende “um conjunto descentralizado de informações ou outras matérias, organizados por sítios (*site*) e armazenados em servidores”.

Por seu turno, os *banners* são os quadros, geralmente de pequena dimensão, que surgem numa das extremidades da página *web*, em regra, no topo ou na parte inferior da página, onde se anuncia de forma genérica determinado produto ou serviço. Se o consumidor quiser obter mais informação sobre o produto anunciado terá de clicar no *banner* para

⁴⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira, “A liberdade de referências em linha e os seus limites”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. 42, n.º 1, Lisboa, 2001, pp. 499-528 disponível online em <http://www.oa.pt/upl/%7B8624fb31-09b6-4bd3-a2d2-554050d72781%7D.pdf> (consultado em 4 de janeiro de 2016).

ser remetido para uma outra página web que contenha essa informação mais detalhada, o que é possível graças aos chamados *hipernexos*.

Os *hipernexos* são referências entre páginas web. Ou seja, ligações estabelecidas entre sítios que permitem ao consumidor aceder a outros sítios a partir da página web onde se encontra a navegar. Os *hipernexos* podem ser patentes ou ocultos, consoante o consumidor saiba ou não da sua existência. Quando os *hipernexos* são patentes, isto é, visíveis, os mesmos serão acionados apenas se o consumidor quiser.

No entanto, a prática revela que, muitas vezes, o consumidor não se apercebe da sua existência, por estes terem sido inseridos de forma oculta. Nestes casos os *hipernexos* acionam-se automaticamente quando o consumidor acede à sua página de origem, caso em que é confrontado com outras páginas de forma totalmente alheia à sua vontade. Nestas situações o consumidor pode, inclusive, ser induzido em erro, uma vez que poderá considerar estar a navegar na página web a que efetivamente acedeu, quando na verdade está a visualizar os conteúdos de uma outra página, para a qual foi remetido pelo *hipernexo* oculto.

Ora, esta questão assume relevância no âmbito dos sítios publicitários, que tal como o nome indica contêm mensagens publicitárias. Nessa medida, pode-se equacionar a presença de situações de publicidade ilícita, uma vez que têm potencial lesivo dos princípios fundamentais da mensagem publicitária, como o princípio da licitude e o princípio da veracidade.

Levando esta análise um pouco mais além, podemos neste âmbito, ainda, equacionar a possibilidade de violação da privacidade do consumidor. Ora, a remissão automática para outras páginas web, sem que disso se aperceba, pode levar o consumidor a fornecer os seus dados pessoais no âmbito de uma determinada transação comercial que aí realiza em erro, pois, o consumidor considera estar a fornecer livremente os seus dados na página web à qual acedeu por sua livre vontade.

A problemática dos *hipernexos* não costuma ser enquadrada nesta perspetiva, uma vez que a sua utilização é suscetível de colocar questões mais complexas no âmbito do direito de autor ou da concorrência desleal. Contudo, porque diretamente relacionada com o objeto da presente dissertação, não poderíamos deixar de identificar a utilização

dos *hipernexos* ocultos como uma prática dissimulada, utilizada com a finalidade de induzir o consumidor em erro e, bem assim, de obter informação não autorizada.

Quer os sítios publicitários, quer os *banners*, compreendem formas passivas, isto é, não inoportunas, de publicidade em rede. Ou seja, são formas de veicular a mensagem publicitária não agressivas, na medida em que não se impõem ao utilizador da *web* independentemente da sua vontade. Contudo, conforme analisado, essa passividade pode ser meramente aparente se forem utilizados *hipernexos* ocultos, uma vez que estes se impõem ao consumidor sem o seu conhecimento prévio e independentemente da sua vontade.

É certo que, no caso dos *banners*, o consumidor internauta pode ser confrontado com os mesmos pela simples navegação numa determinada página *web*, sem ter solicitada a sua visualização. Contudo, este só será confrontado com a informação que lhe pode eventualmente ser transmitida através do *hipernexo* do *banner* se nele clicar, a não ser, conforme já referido, no caso dos *hipernexos* ocultos, acionados independentemente de qualquer ação do consumidor.

Ou seja, se o utilizador não quiser obter mais informação sobre o produto ou serviço anunciado no *banner*, pode livremente continuar a sua navegação sem qualquer interferência. Nestas situações o *banner* tem exatamente o mesmo efeito intrusivo de qualquer outra imagem publicitária, com a qual qualquer indivíduo pode ser confrontado na sua rotina diária, por exemplo, na televisão ou na imprensa escrita.

Quanto à questão dos sítios publicitários, deverá ser feita ressalva para o facto de as páginas *web* nem sempre serem apenas um sítio publicitário. Em bom rigor, uma página *web* contém muitos outros elementos para além de conteúdo publicitário, o que, por vezes, coloca dificuldades em distinguir a mera informação da informação publicitária. Esta questão deverá ser sempre resolvida por referência à definição de publicidade do art. 3.º do Código da Publicidade. Portanto, sempre que um determinado conteúdo inserido numa página *web* contenha todos os elementos exigidos por aquela definição o mesmo deverá, sem margem para dúvidas, ser considerado como publicitário.

Assim sendo, se uma empresa, no âmbito da sua atividade comercial, utiliza a sua página *web* para divulgar mensagens de promoção dos seus produtos ou serviços com vista à sua comercialização, estamos efetivamente perante uma forma de publicidade, ou seja, perante um sítio publicitário. Nesta senda, não obstante poder conter outros elementos, não publicitários, a página *web* do profissional, quanto ao seu conteúdo publicitário, deverá sempre observar as regras impostas pela legislação aplicável em matéria de publicidade.

Ao contrário dos sítios publicitários e dos *banners*, a utilização de *pop-ups* corresponde a uma técnica publicitária mais agressiva, na medida em que sem qualquer aviso prévio surge durante a navegação do utilizador numa determinada página *web*. À semelhança dos *banners*, os *pop-ups* são caixas de pequena e média dimensão que contêm informação publicitária, divergindo daqueles na forma de apresentação ao utilizador.

Os *pop-ups* ativam-se quando o utilizador clica num determinado ponto da página que, sem este ter conhecimento disso, ativa uma janela que exige inevitavelmente a sua atenção, uma vez que para a deixar de visualizar terá de realizar a ação de a desativar, interrompendo, para isso, a sua navegação na *web*. Os *pop-ups* são igualmente ativados por *hipernexos* que, contudo, em vez de remeterem para outras páginas *web*, remetem para uma espécie de janelas interativas com conteúdo publicitário.

Outra das formas de comunicação comercial em rede que suscita mais problemas são as comunicações eletrónicas não solicitadas, o chamado *spam*. Estão aqui em causa, mensagens veiculadas através de correio eletrónico, não no âmbito particular, onde assumem um papel semelhante ao da correspondência, mas sim no âmbito comercial, onde impera o envio de *e-mails* de forma indiferenciada para um determinado e, em regra, numeroso, grupo de pessoas.

O *spam* é assim o envio massivo de mensagem publicitárias através de comunicações eletrónicas, ou seja, através de *e-mail*. Em regra, o *e-mail* não é considerado uma forma de comunicação de massas, uma vez que não permite a transmissão imediata de uma só mensagem a um número massivo de indivíduos, sendo, aliás, utilizado para fins semelhantes ao da correspondência tradicional.

Contudo, no âmbito da publicidade, o *e-mail* não é utilizado com essa finalidade, não estando em causa o envio individual de uma mensagem particular. Embora a mensagem de *spam* chegue a cada destinatário através da sua caixa de correio eletrónico, ou *mailbox*, como se tivesse sido enviada individualmente para si, a verdade é que essa foi enviada em massa para vários indivíduos, incluídos pelo remetente num determinado perfil de consumo.

Esta é, sem dúvida, a forma publicitária da era moderna que mais questões coloca no âmbito do direito à privacidade do consumidor. Por esse motivo, dado o objeto do presente trabalho, a problemática do *spam* merece uma atenção particular, pelo que remetemos para o capítulo seguinte a sua análise mais detalhada⁴⁸.

Por fim, iremos deixar uma breve nota à problemática dos chamados *metatags*, que consideramos também poderem enquadrar uma moderna forma de comunicação comercial, embora haja doutrina que discorde⁴⁹. Na verdade, os *metatags* são códigos de HTML (“*hypertext markup language*”) colocados nas páginas *web* de forma não visível pelo utilizador.

Esses códigos não são mais do que uma espécie de palavras-chave ou expressões que descrevem resumidamente o conteúdo da página *web*. Assim, quando um utilizador as insere num motor de busca é-lhe sugerida como resposta a página *web* à qual estão associados esses *metatags*.

Ora, à primeira vista, poderíamos ser levados a concluir que estes descritores não têm implicações do ponto de vista da disciplina da publicidade. Contudo, se atendermos ao conceito lato de publicidade do art. 3.º do Código da Publicidade, outra conclusão pode ser retirada.

Embora não visível ao utilizador, o *metatag* é utilizado pelas empresas que comercializam produtos ou serviços *online* no âmbito da sua atividade comercial. Fazem-no, sem dúvida, como uma forma de promover os seus produtos junto de um

⁴⁸ Vide Capítulo 3. do presente trabalho.

⁴⁹ Para Celso António Serra, os *metatags* são uma problemática que se coloca fora do âmbito da publicidade, porque o seu conteúdo está fora daquilo que se pode chamar de mensagem, não configurando uma forma de comunicação. Cfr. SERRA, Celso António, cit., p. 497.

número maior de utilizadores que, de outro modo, não teriam conhecimento dos mesmos se não fossem utilizados determinados descritores.

Mais: ao fazê-lo, as empresas visam, sem dúvida, a comercialização desses produtos, na medida em que ao associarem estrategicamente determinados códigos HTML às suas páginas *web* podem gerar confusão no consumidor, levando-o a contratar pensando estar a adquirir um produto de uma marca que não é aquela que efetivamente tinha expectativa de estar a adquirir.

Assim, no âmbito do direito da publicidade a questão dos *metatags* é relevante na medida em que suscita questões no âmbito da publicidade enganosa⁵⁰. No fundo, as questões são as mesmas que se verificam no âmbito da utilização dos *hipernexos* ocultos, com a diferença de que, no caso dos *metatags*, estes surgem no âmbito da pesquisa e não no âmbito da navegação propriamente dita. Ou seja, surgem em momento prévio à entrada do consumidor na página *web* que efetivamente quis visualizar, condicionando desta forma o conteúdo a que este terá acesso.

Em bom rigor, a inclusão de *metatags* com a designação de marcas de terceiros pode ser vista como uma forma de publicidade oculta nos termos do art. 9.º do Código da Publicidade, na medida em que se está a utilizar um “meio dissimulado”, porque não visível, para divulgar a sua página junto de um maior número de consumidores, sem que estes tenham disso consciência.

Por outro lado, a sua utilização também pode configurar situações de publicidade comparativa ilícita de acordo com o art. 16.º, n.º 2, do Código da Publicidade, na medida em que, para além de não comparar “objectivamente uma ou mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas”, está a retirar “partido indevido do renome de uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo de um concorrente”.

⁵⁰ A principal problemática da utilização de *metatags* reside, no entanto, no facto de, muitas vezes, estes designarem o nome de marcas, colocando questões no âmbito da tutela jurídica da marca e da violação das regras de concorrência. Estas questões não são aqui, todavia, objeto de estudo. Para mais detalhes *vide* LEITÃO, Adelaide Menezes, “Metatags e Correio Eletrónico entre os Novos Problemas do Direito da Internet”, in *Direito da Sociedade de Informação*, Vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 405-431.

Mais uma vez se manifesta aqui a utilização de diferentes graus de precisão da informação, característica da *interactive advertising*, pois, através da utilização de um determinado código ou descritor se consegue fazer chegar ao consumidor informação publicitária mais detalhada, designadamente, através da apresentação de um sítio publicitário, sobre os produtos ou serviços por si pesquisados

Mais problemática é, ainda, a inversão que a utilização destes descritores provoca na dinâmica da pesquisa em motores de busca. Em geral, o utilizador da *web* é o elemento ativo, na medida em é este quem toma a iniciativa de procurar a informação, limitando-se o motor de busca a reagir às suas instruções. Sucede, porém, que a utilização de *metatags* é suscetível de inverter esta dinâmica, fazendo os sítios publicitários irem ao encontro do consumidor e não o inverso. Pelo que, por todo o exposto, embora configurem meras palavras-chaves ou expressões, os *metatags* podem ser enquadrados, efetivamente, como uma forma de comunicação, uma vez que são suscetíveis de transmitir mensagens, mais ou menos complexas, ao consumidor.

Por fim, não poderíamos encerrar este ponto sem fazer uma breve referência ao lugar da internet que atualmente é preferido pelos profissionais para utilização de algumas das formas de comunicação comercial acima referidas: as redes sociais.

De acordo com um estudo divulgado pela publicação “*The Digital Economy*”⁵¹, a rede social *Facebook* é, atualmente, o lugar onde por excelência os profissionais que publicitam os seus produtos e serviços em rede mais apostam.

O crescente fenómeno das redes sociais não passou despercebido ao sector empresarial, que rapidamente as passou a contemplar no âmbito das suas estratégias de marketing. Para além das vantagens associadas a qualquer tipo de comunicação comercial em rede, as redes sociais distinguem-se por serem um meio de partilha instantânea de informação, a partir de e para qualquer parte do globo. Além disso, as redes sociais são atualmente utilizadas por milhões de pessoas que partilham em rede aberta os seus interesses e necessidades de consumo.

⁵¹ Vide GRIFFITH, Gabriella, “Marketing strategy must mimic clicks” in *The Digital Economy*, n.º 357, Raconteur, Londres, 2016, pp. 14-15, disponível em <http://raconteur.net/business/encouraging-clicks-with-moment-marketing> (consultado em 24 de fevereiro de 2016).

Ou seja, ao mesmo tempo que os profissionais fazem chegar os seus produtos ou serviços a um maior número de pessoas, obtêm, por um custo quase gratuito, informação comercialmente relevante sobre os seus destinatários. Embora as empresas de redes sociais se mostrem cada vez mais preocupadas em adotar políticas de privacidade com um nível de proteção adequado dos dados pessoais dos seus utilizadores, a verdade é que a partilha de informação é uma característica intrínseca ao seu funcionamento o que, como tal, mitiga a possibilidade de uma proteção da privacidade absoluta, mesmo quando se encontrem configuradas as definições de privacidade consideradas mais exigentes⁵².

Além do mais, através das redes sociais é possível utilizar quase todas as formas de comunicação comercial em rede, *banners*, *pop-ups*, mensagens de *spam*, ou simplesmente efetuar publicações que poderão ser visualizadas por todos os utilizadores da rede e, inclusive, partilhadas, para fora da rede social.

No âmbito da comunicação comercial veiculada através das redes sociais é comum a utilização das famosas *hashtags* que, tal como os *metatags*, são códigos aos quais se associam determinados conteúdos, com a diferença de que estas são introduzidas manualmente pelo utilizador da rede. Ou seja, um profissional consegue facilmente perceber qual é o tema que está a ser mais comentado no momento nas redes sociais, encontrando aí uma oportunidade para intensificar a divulgação do seu negócio. Se, por exemplo, após um determinado evento com visibilidade mundial o vestido de uma celebridade está a ser largamente comentado nas redes sociais, as empresas de vestuário que tenham produtos similares vão apostar na sua divulgação.

Por fim, refira-se outro fenómeno que também está a crescer através das redes sociais e que, na nossa opinião, constitui uma forma de comunicação comercial em rede a par das referidas ao longo da presente dissertação. Referimo-nos à publicidade através dos chamados *reviews* nas redes sociais. Ou seja, testemunhos de pessoas influentes nas redes sociais, os chamados *influencers*⁵³, geralmente, com elevados números de seguidores, que são contactadas por profissionais para testarem e transmitirem a sua

⁵² Cfr. JIMÉNEZ, David López, “La Remisión de Comunicaciones Comerciales no Solicitadas a través de las Redes Sociales Virtuales: A propósito del nuevo Spamming 2.0 o Social Networking Spam”, in *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, n.º 38, Pamplona, 2013, p. 181.

⁵³ Cfr. GRIFFITH, Gabriella, cit., p. 15.

opinião sobre um determinado produto ou serviço na sua página de *Facebook*, *Twitter*, *Instagram* ou no seu canal de *Youtube* ou *Blog*.

Esta nova forma de publicidade⁵⁴ concretiza-se através de texto, imagem ou vídeo, onde se divulgam todo o tipo de produtos ou serviços e, embora seja um fenómeno recente, já despertou nos profissionais a consciência de que a recomendação de uma personalidade influente nas redes sociais pode fomentar mais a aquisição dos seus produtos ou serviços do que uma comunicação comercial divulgada diretamente pelo próprio profissional.

Este novo fenómeno publicitário coloca, todavia, em causa alguns princípios fundamentais da mensagem publicitária. O princípio da identificabilidade é, desde logo, colocado em causa, pois, muitas vezes os produtos a publicitar são introduzidos na rotina do *influencer* sem estarem identificados como publicidade. Por exemplo, se é publicada a foto de um cenário de praia em que aparece um produto de proteção solar de uma determinada marca, mas na descrição da foto não é feita nenhuma referência ao mesmo, o público, muito provavelmente, não a irá identificar como uma mensagem publicitária. No entanto, o profissional que vende aquele produto de proteção solar contratou o *influencer* para este o incluir num determinado número de publicações daquele produto.

Embora ainda não exista um debate jurídico efetivo em torno desta nova forma de comunicação comercial, não poderíamos deixar de introduzir brevemente a problemática que acreditamos que será, no futuro, uma das questões mais debatidas no âmbito do marketing digital. Como nota final, refira-se o facto de, no ano passado, um projeto de revisão do Código da Publicidade⁵⁵ revelar já alguma sensibilidade para o problema ao propor que o atual art. 11.º, sob a epígrafe “Princípio da Identificabilidade”, passe a contemplar um n.º 5 no qual se estabelece que “a promoção de bens ou serviços sob a aparência de opinião pessoal de quem a veicula, mediante contrapartida financeira ou material, deve ser inequivocamente identificada como publicidade, independentemente do meio utilizado para a mesma.”.

⁵⁴ Já conhecida pela designação de *influencer marketing*. Cfr. GRIFFITH, Gabriella, cit., p. 15.

⁵⁵ Cujo texto se encontra disponível em <http://www.consumidor.pt/?cr=10273> (consultado em 10 de março de 2016).

3. COMUNICAÇÕES COMERCIAIS NÃO SOLICITADAS: A PROBLEMÁTICA DO MARKETING DIRETO

O envio de comunicações comerciais eletrônicas não solicitadas corresponde à denominada prática de *spam*⁵⁶. Está aqui em causa a utilização do serviço de correio eletrónico com a finalidade de enviar mensagens de teor publicitário.

Assim, cumpre esclarecer, afinal, o que é o correio eletrónico, e o que o distingue do correio tradicional. O correio eletrónico é processado em rede, ou seja, no mundo virtual e não no mundo físico, podendo ser tecnicamente definido como “um ficheiro de computador que é transferido de um computador para outro, o que é permitido por um *modem*”⁵⁷ que fornece acesso à rede.

Em bom rigor, o correio eletrónico visa cumprir exatamente a mesma finalidade do correio tradicional: a comunicação à distância. No entanto, a utilização de correio eletrónico apresenta-se largamente mais vantajosa para o profissional do que a utilização do correio tradicional, pois, enquanto técnica de comunicação em rede, o correio eletrónico permite transmitir mensagens de teor publicitário de forma instantânea e direta, em quantidade praticamente ilimitada e com um custo associado muito reduzido.

Ao contrário do marketing direto veiculado através de correio postal ou de telefone, o *spam* não implica custos de impressão, de envio ou de ligação telefónica. O único custo que a utilização desta forma de comunicação tem para o remetente está relacionado com a elaboração da mensagem eletrónica e com o tempo despendido com o envio da mesma. Ora, tal economia de custos deve-se ao facto de os servidores de correio eletrónico não cobrarem o seu serviço por cada mensagem enviada, o que significa que enviar uma mensagem de correio eletrónico terá exatamente o mesmo custo que enviar um milhão de mensagens.

⁵⁶ A primeira mensagem de *spam* foi divulgada em 1994 quando dois advogados norte-americanos decidiram divulgar a milhares de usuários de um fórum de discussão os seus serviços jurídicos. Para mais informação sobre a origem do termo *spam* Vide AAVV, “SPAM e danos provocados pelo envio de mensagens eletrónicas não autorizadas: apenas autorregulamentação ou necessidade de lei?”, in *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro, 2009, p. 178.

⁵⁷ SERRA, Celso António, cit., p. 437.

À vantagem da economia de custos acresce o facto de não existirem restrições ao número de mensagens veiculadas por correio eletrónico. Assim, o profissional poderá remeter, ao mesmo tempo, a mesma mensagem publicitária para um número ilimitado de utilizadores. Note-se que, mesmo quando obtenha resposta positiva de apenas um dos seus destinatários, após o envio de milhares de mensagens, o profissional continua a ter vantagens em utilizar esta forma de comunicação comercial, pois, com aquele envio aumentou a visibilidade do seu produto ou serviço, mais do que se tivesse enviado apenas uma única mensagem para um único destinatário, e o custo inerente foi exatamente o mesmo.

Contudo, a prática de *spam* não é totalmente isenta de custos. Do ponto de vista do profissional até o poderá ser, contudo, para o fornecedor de acesso, ou seja, o responsável por disponibilizar o serviço de correio eletrónico, o custo poderá ser bastante elevado. Basta pensarmos que para distribuir um número de mensagens muito maior, o fornecedor de acesso terá de reforçar a banda de frequência que utiliza para transmitir os dados aos seus clientes, ou seja, tem de reforçar a capacidade do sistema, o que implica alterações técnicas com custos inerentes.

Os fornecedores de acesso poderiam simplesmente não aceitar utilizadores que acedam ao servidor com a finalidade de realizar práticas de *spam* (os chamados *spammers*). Contudo, essa é uma avaliação impossível de levar a cabo, dado o facto de esta atividade se processar em rede. Ora, a possibilidade de circular *online* sem identidade permite a inscrição de *spammers* nos servidores de acesso como utilizadores comuns, sem qualquer possibilidade de filtragem. Note-se que, para além dos fornecedores de acesso, a prática de *spam* também poderá lesar os utilizadores comuns do mesmo servidor utilizado pelos *spammers*, uma vez que a sobrecarga do servidor afeta a sua utilização normal pelos restantes utilizadores.

Identificadas as principais vantagens e custos inerentes ao envio de comunicações comerciais eletrónicas não solicitadas, cumpre avançar para uma definição mais detalhada de *spam*. Quanto a este aspeto, seguimos o entendimento do Grupo de

Trabalho de Proteção de Dados do Artigo 29⁵⁸, segundo o qual a utilização de comunicações eletrónicas não solicitadas como forma de veicular mensagens publicitárias corresponde à “prática de enviar mensagens de correio eletrónico, geralmente de natureza comercial, em grandes quantidades e repetidamente a indivíduos com quem o remetente não teve contacto prévio”.

A definição apresentada merece apenas ressalva quanto ao facto de referir a inexistência de contacto prévio entre o remetente e o destinatário da mensagem de *spam*, pois, poderá não ser sempre assim. Ora, no âmbito das relações de consumo, é frequente o profissional remeter mensagens de *spam* para o consumidor com o qual teve um contacto comercial prévio. Poderá, todavia, dar-se o caso de, não obstante existir um contacto prévio entre remetente e destinatário, este último não ter consentido no recebimento daquele tipo de mensagens, caso em que, efetivamente estamos perante uma mensagem não solicitada e, como tal, enquadrável como *spam*.

As comunicações comerciais eletrónicas não solicitadas podem ser divididas em três tipos⁵⁹: (i) mensagens enviadas em massa para um número elevado, muitas vezes milhões, de endereços de correio eletrónico, com conteúdo geralmente associado à oferta de produtos de origem ilegal. Estas mensagens são enviadas indiferenciadamente para um grupo heterogéneo de consumidores, isto é, o remetente não conhece os seus gostos ou interesses; (ii) mensagens enviadas especificamente para um grupo de consumidores cujos interesses foram identificados previamente, e cujo número também pode ser bastante elevado. Assim, por exemplo, o envio de uma mensagem de um produto de bebé para um grupo de pessoas cujos endereços eletrónicos estão inseridos numa lista de pessoas identificadas como grávidas e que, potencialmente, têm interesse naquele produto; e, por fim, (iii) as mensagens enviadas para consumidores com os quais o remetente teve uma relação contratual prévia e que, por isso, têm subjacente conteúdo relacionado com o seu histórico de consumo.

⁵⁸ O Grupo de Trabalho de Proteção de Dados do Artigo 29 foi instituído ao abrigo do art. 29.º da Diretiva n.º 95/46/CE. Vide <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2000/wp37pt.pdf> (consultado em 17 de janeiro de 2016).

⁵⁹ Cfr. MAGGS, Perter B., “Abusive Advertising on the Internet (SPAM) under United States Law”, in *The American Journal of Comparative Law*, n.º 54, American Society of Comparative Law, E.U.A., 2006, p. 385.

Abordar a temática do *spam* não pode dispensar tecer algumas considerações sobre a problemática do marketing direto, pois, o envio de comunicações eletrônicas não solicitadas como forma de publicidade é, no âmbito das modernas formas de comunicação comercial, a forma de realizar marketing direto por excelência.

Falamos em marketing direto porque está aqui em causa a transmissão de uma mensagem publicitária de forma direta, sem quaisquer intermediários, ao consumidor. Ora, a divulgação de um determinado produto ou serviço através das formas de publicidade tradicionais implica sempre o recurso a um meio de comunicação de massas intermediário, como por exemplo, a televisão ou imprensa escrita.

Não é o *spam* que nos traz, pela primeira vez, a noção de marketing direto, a lógica está presente igualmente nas comunicações comerciais veiculadas através de formas de comunicação tradicionais, como o correio postal ou as chamadas telefônicas. No entanto, no âmbito da moderna sociedade da informação, o *spam* apresenta-se como a principal forma de marketing direto, o que se compreende dadas as vantagens inerentes à sua utilização.

O marketing direto pressupõe uma relação direta com o consumidor e, por isso, mais personalizada, o que só é possível se o profissional obtiver informação sobre o destinatário das suas comunicações, designadamente, informação sobre as suas necessidades de consumo. À primeira vista, as práticas de marketing direto têm uma componente bastante vantajosa para o consumidor, que passa a ter mais informação sobre produtos e serviços que de facto lhe interessam, tornando o seu processo de pesquisa mais facilitado.

Aliás, refira-se que não é o facto de a mensagem publicitária ser indesejada que a torna, de imediato, censurável mas sim o facto de estas práticas publicitárias colocarem seriamente em risco direitos fundamentais do consumidor, em especial, o seu direito à privacidade. Assim, são vários os problemas associados às práticas de marketing direto e, bem assim, ao *spam*, pois, na prática, raras são as vezes em que o consumidor recebe mensagens com efetivo interesse para si, tendo estas práticas proliferado associadas ao envio do comumente designado *junk mail*. Esta designação foi atribuída às práticas de *spam* por as mesmas estarem associadas ao envio de mensagens consideradas “lixo”, no sentido de inúteis ou indesejadas pelo seu destinatário, dado o seu uso massivo e

abusivo, que contende com o direito à privacidade do consumidor, enquanto direito a ser deixado em paz e enquanto direito à proteção dos seus dados pessoais.

Um dos problemas associados ao envio massivo de comunicações eletrónicas não solicitadas é, precisamente, o impacto negativo na atividade normal dos seus destinatários. Isto porque embora o recebimento massivo de *spam* não provoque danos de natureza técnica, o mesmo tem consequências negativas quanto à utilização que o seu destinatário consegue fazer da sua caixa de correio eletrónico.

Em regra, a caixa de correio eletrónico de cada utilizador armazena um número de mensagens limitado, o que obriga o destinatário destas mensagens a despendar tempo desnecessário a fazer a sua seleção e respetiva remoção para conseguir visualizar outras mensagens que de facto lhe interessem. Esta circunstância afeta necessariamente a gestão racional e eficaz que o utilizador faz do seu tempo disponível implicando, muitas vezes, perda de produtividade, sobretudo se pensarmos nas situações em que o correio eletrónico é utilizado como ferramenta de trabalho.

Já os problemas associados ao seu uso abusivo podem ser encarados de duas perspetivas diferentes, a primeira, relacionada com o conteúdo da mensagem de *spam* e, a segunda, relacionada com a forma como o remetente obteve informação do seu destinatário.

Nem sempre a mensagem publicitária divulgada por correio eletrónico respeita os princípios impostos pelo nosso Código da Publicidade, contribuindo para tal o facto de ser possível ocultar a identidade do remetente e, assim, tornar praticamente impossível identificar o sujeito infrator. Nesta perspetiva, a mensagem publicitária é utilizada muitas vezes para veicular conteúdo falso ou ilícito, como a divulgação de produtos ou serviços de comercialização ilegal.

A este propósito refira-se o chamado fenómeno do *fishing*⁶⁰, que consiste no envio de mensagens eletrónicas com aparente teor publicitário, nas quais são incluídos *links*, ou seja, *hipernexos*, que redirecionam o destinatário para outras páginas *web*, onde este é levado a fornecer os seus dados pessoais ou a descarregar conteúdo malicioso. Por regra, os remetentes que recorrem a esta prática falsificam a sua identidade, utilizando

⁶⁰ Cfr. AAVV, cit., p. 180.

nomes e logótipos de bancos, instituições de crédito e, até mesmo, de lojas de renome, nos quais o destinatário confia.

Ainda que contenha conteúdo verdadeiro e lícito, o *spam* também pode configurar uma prática abusiva se o endereço de *e-mail* do destinatário, ou outras informações relevantes sobre aquele, foram recolhidas de forma abusiva. Ora, a mensagem só chega ao seu destinatário se o remetente conhecer o seu endereço de correio eletrónico, o qual é, efetivamente, considerado um dado pessoal e, nessa medida, a sua recolha e utilização depende do consentimento prévio do seu titular.

O potencial lesivo do direito à privacidade do destinatário de *spam* não se coloca apenas do ponto de vista da recolha ilícita do seu endereço de correio eletrónico, pois, para além desse dado pessoal, são recolhidas pelo remetente outras informações pessoais, utilizadas no próprio conteúdo da mensagem, por forma a torná-la uma mensagem personalizada.

Embora, em regra, a mensagem de *spam* seja uma mensagem padronizada, ou seja, enviada individualmente para cada destinatário mas com o mesmo conteúdo, muitas vezes, o remetente socorre-se de *software* que permite acrescentar à mensagem padronizada elementos personalizados para cada destinatário. Por norma, esses elementos personalizados decorrem dos dados pessoais que o próprio destinatário forneceu previamente ao remetente, por exemplo, através do preenchimento de um formulário *online* aquando da compra de um determinado produto ou serviço. No entanto, casos haverá em que essa informação é recolhida para finalidades publicitárias pelo remetente sem conhecimento e consentimento do destinatário. Analisaremos de forma mais detalhada no ponto 3.3. do presente trabalho os riscos que estes comportamentos apresentam para a privacidade dos consumidores, seguindo-se, por agora, a análise dos meios de reação adotados pelos Estados para fazer face à problemática enunciada.

3.1. MEIOS DE REAÇÃO

O marketing direto realizado através de *spam* tem, pelos motivos acima expostos, vindo a ser encarado pelos Estados, um pouco por todo o mundo, como um efetivo problema

da sociedade moderna, para o qual é necessário encontrar uma solução. Contudo, qual será a melhor forma de reagir contra o *spam*?

O primeiro meio de reação ao problema surge a partir da iniciativa dos próprios intervenientes. Referimo-nos à autorregulação da prática de *spam*. Ora, a autorregulação traduz-se no estabelecimento de códigos de conduta de utilização da rede cuja observância se impõe socialmente aos seus utilizadores. O conjunto dessas regras de trato *online* é comumente designado por “*netiqueta*”.

Neste âmbito têm sido implementados vários códigos de conduta, entre os quais, por exemplo, o *Consolidated ICC Code of Advertising and Marketing Communication Practice*⁶¹. Entre as suas principais regras destacam-se, a obrigação de identificação do *spammer* nas mensagens que envia, a proibição de envio de comunicações comerciais para grupos e fóruns de discussão e, ainda, a proibição de envio de *spam* para consumidores que tenham manifestado a sua vontade de não receber esse tipo de comunicações.

Note-se, no entanto, que apesar da existência destes instrumentos de autorregulação assumir fundamental importância, sobretudo na chamada de atenção para o problema, a verdade é que se trata de um meio de reação não impositivo e que, como tal, não evita que as empresas continuem a recorrer a estas práticas.

Se uma empresa não se quiser sujeitar a essas regras não tem qualquer consequência jurídica, pois, as mesmas não são vinculativas. Nessa senda, embora a não observância das regras de autorregulação possa ter impacto negativo para a sua imagem e reputação, a verdade é que o baixo custo associado ao envio de *spam*, na ponderação das suas vantagens e desvantagens, leva as empresas a continuar a publicitar os seus produtos ou serviços desta forma. Aliás, a tendência é de que os profissionais o façam com cada vez mais frequência, uma vez que os incentivos para se absterem das práticas de *spam* são bastante reduzidos⁶².

⁶¹ Compilado pela *International Chamber of Commerce* e disponível em http://ec.europa.eu/health/ph_determinants/life_style/alcohol/Forum/docs/alcohol_lib5_en.pdf (consultado em 16 de janeiro de 2016)

⁶² Nesse sentido, veja-se LEITÃO, Luís Menezes, “A Distribuição de Mensagens de Correio Eletrónico Indesejadas (SPAM)”, in *Direito da Sociedade de Informação*, Vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 197.

O segundo meio de reação ao problema surge no âmbito da técnica, nomeadamente, pela utilização programas de *software* que filtram de forma automática este tipo de correspondência, bloqueando para isso os servidores de acesso associados a estas práticas. No entanto, a utilização de programas de filtragem pode revelar-se mais prejudicial do que benéfica para os seus utilizadores, pois, muitas vezes, esses programas bloqueiam todas as mensagens provenientes de um determinado servidor, filtrando não só as mensagens provenientes de *spammers*, mas também outras que o utilizador deseja efetivamente receber.

Além da utilização de *software* de filtragem, existem outros meios de reação através da técnica, como por exemplo, o envio de mensagens de protesto, em resposta às mensagens de *spam*, para os respetivos remetentes, o chamado *flaming*, ou o bloqueio do acesso dos *spammers* identificados à internet pelos próprios fornecedores de acesso, o chamado *Usenet Death Penalty*.

Não obstante, os meios de reação através da técnica também enfrentam limitações. Por exemplo, o recurso à prática de *flaming* pode revelar-se muito ineficaz, pois, o envio de mensagens de resposta em protesto é igualmente tão elevado que também conduz à sobrecarga do servidor de acesso prejudicando, assim, a utilização comum do mesmo.

A estes inconvenientes acresce o facto de os próprios *spammers* terem encontrado formas de evitar os efeitos do *flaming*, nomeadamente, através da falsificação do endereço de correio eletrónico do remetente, circunstância que conduz a mensagem de protesto dos destinatários a pessoas e entidades totalmente alheias ao verdadeiro *spammer*.

Em conclusão, a solução do problema não passa apenas por uma reação técnica, pois, não existem barreiras tecnológicas que sejam inultrapassáveis pela própria tecnologia. A par dos meios de reação apresentados, também a lei apresenta a sua solução que se traduz no terceiro meio de reação ao problema, a reação jurídica.

Ora, dada a problemática em causa, a reação jurídica poderia simplesmente passar pela proibição sem mais do envio de comunicações comerciais não solicitadas. Contudo, fazê-lo implicaria uma restrição ilegítima a direitos, liberdades e garantias, em especial, ao direito à liberdade de expressão e informação e à liberdade de iniciativa económica

daqueles que pretendem promover desta forma o seu negócio, direitos reconhecidos nas leis fundamentais de todos Estados de direito democráticos.

Nessa medida, a exigência de consentimento do destinatário foi a solução adotada, na generalidade das ordens jurídicas, para assegurar a proteção adequada dos direitos fundamentais dos consumidores sem afetar o núcleo essencial dos respetivos direitos fundamentais dos profissionais. Contudo, a exigência de consentimento do destinatário de comunicações eletrónicas não solicitadas pode-se concretizar através de dois sistemas distintos, o sistema de *opting-in* e o sistema de *opting-out*, cujos contornos abordaremos em seguida.

3.2. CONSENTIMENTO DO DESTINATÁRIO: SISTEMAS DE *OPTING-IN* E *OPTING-OUT*

O sistema de *opting-in* caracteriza-se pela exigência de consentimento do destinatário, concedido em momento prévio à receção da comunicação eletrónica não solicitada. Assim, por exemplo, se um consumidor desejar receber publicidade de um determinado profissional no seu endereço eletrónico terá de, por sua própria iniciativa, dar disso conhecimento ao profissional. Ou seja, exige-se um comportamento ativo do destinatário.

Por seu turno, o sistema de *opting-out* assume que o consumidor consente na receção dessas comunicações publicitárias até ao momento em que recusa o recebimento das mesmas. Ou seja, se o consumidor não desejar receber publicidade na sua caixa de correio eletrónico terá de informar o remetente da sua vontade.

Face ao sistema de *opting-out*, o sistema de *opting-in* revela-se mais protetor dos direitos do consumidor, na medida em que garante que só quem efetivamente tenha interesse na receção desse tipo de publicidade a receba. No entanto, do ponto de vista da posição jurídica do profissional, este sistema apresenta dois grandes inconvenientes, capazes de condicionar a eficácia da utilização deste tipo de publicidade para divulgação e promoção dos seus produtos ou serviços.

Ora, desde logo, o facto de o sistema de *opting-in* exigir uma conduta ativa do consumidor, que significa um esforço acrescido para este, pode condicionar a eficácia

do recurso à publicidade veiculada por correio eletrónico pelo profissional. Em regra, os consumidores, por inércia, não têm incentivo para adotar um comportamento ativo e demonstrar o seu interesse no recebimento desse tipo de mensagens, mesmo quando nisso tenham interesse. Esta circunstância tem, assim, como consequência uma diminuição significativa nos destinatários-alvo do profissional que vê, consequentemente, as suas possibilidades de negócio reduzidas.

A esta circunstância acresce, ainda, o facto de o sistema de *opting-in* ser mais dispendioso para o profissional, na medida em que implica a criação e manutenção de listas atualizadas dos consumidores para os quais pode enviar publicidade.

O sistema de *opting-out* será, assim, aquele que conduz a um maior equilíbrio entre a posição jurídica do profissional e a posição jurídica do consumidor, pois, revela-se menos desvantajoso para o desenvolvimento do seu negócio do profissional, ao mesmo tempo que garante o direito do consumidor de não ser incomodado com comunicações por si indesejadas.

Não obstante, este sistema também não é isento de críticas, desde logo, porque caso o consumidor não pretenda receber correio eletrónico não solicitado terá, igualmente, de adotar um comportamento ativo, exigindo que o seu nome seja retirado da lista de destinatários do *spammer*. Ou seja, para além da circunstância de ser confrontado com conteúdo que não deseja, ainda lhe é exigido o esforço adicional de adotar um determinado comportamento para fazer cessar essa situação.

Além do ónus que acarreta para o consumidor, o sistema de *opting-out* pode, ainda, ser desvirtuado e manipulado pelo próprio *spammer*, pois, para demonstrar a sua vontade de não receber mais mensagens, o consumidor terá de entrar diretamente em contacto com o respetivo remetente.

Neste âmbito, refira-se que, muitas vezes, o *spammer* utiliza listas de endereços de indivíduos com os quais nunca teve qualquer contacto prévio, desconhecendo, portanto, se os mesmos estão ativos ou não ou, até mesmo, se pertencem a pessoas físicas. Assim sendo, ao responder à mensagem de *spam*, o seu destinatário está a confirmar quer a sua existência, quer que os dados que lhes estão inerentes correspondem efetivamente a uma pessoa física.

Mais, a resposta a estes *e-mails* dá indicação ao *spammer* de que aquele endereço de correio eletrónico corresponde a um consumidor que presta atenção a este tipo de mensagens. Em bom rigor, o destinatário da mensagem acaba, assim, por fornecer ainda mais informação sobre si ao remetente, o que poderá representar um risco acrescido quando do outro lado estejam profissionais que atuam de forma desleal e com desrespeito pelos princípios da boa fé.

O problema da manipulação do sistema de *opting-out* pelos profissionais manifesta-se, ainda, na impossibilidade prática, com a qual tantas vezes o destinatário se depara, de exercer o seu direito de recusar o recebimento daquelas comunicações. Ora, não são raras as vezes em que a comunicação comercial eletrónica não contém informação sobre o remetente, sendo omissa quanto à identificação do endereço de correio eletrónico para o qual o consumidor poderá responder e, assim, exercer o seu direito de recusa. Aliás, mesmo quando a mensagem contém essa informação, é frequente verificar-se que o endereço eletrónico indicado para resposta está inativo, por ter sido desativado pelo próprio servidor de acesso, como já verificámos que pode acontecer numa reação técnica à prática de *spam*. Nessas situações, o sistema de *opting-out* revela-se completamente ineficaz para cumprir a sua finalidade.

Uma vez que ambos os sistemas revelam fragilidades, não existe consenso sobre qual deles representa a melhor solução à problemática do *spam*. Por esse motivo, não existe uma solução transversal a todas as ordens jurídicas, concluindo-se, assim, que também a reação jurídica enfrenta as suas limitações.

A principal limitação de uma reação jurídica revela-se na dificuldade da sua execução, desde logo, porque estas práticas são processadas em rede, que não compreende barreiras geográficas e que, por isso, ultrapassa o âmbito da soberania de um determinado Estado.

Nessa medida, cada ordem jurídica tem uma perspetiva diferente sobre a resposta ao problema. Portanto, as regras jurídicas existentes sobre a matéria em cada Estado podem não ter nenhuma consequência prática, pois, se o destinatário e o remetente se situarem geograficamente em Estados diferentes, as regras aplicáveis a um e a outro poderão também ser completamente diferentes. A tudo isto acresce, ainda, o facto de nem sempre ser sequer possível identificar a localização geográfica do remetente.

3.2.1. REAÇÃO EUROPEIA VS REAÇÃO NORTE-AMERICANA

As reações da U.E. e dos E.U.A. à problemática do marketing direto realizado através de *spam* compreendem soluções distintas, o que desde logo se compreende dada a diferente valoração atribuída aos interesses em presença entre os dois ordenamentos jurídicos. Na U.E. atribuiu-se um valor acrescido ao papel dos poderes públicos no controlo da proteção da privacidade dos cidadãos, enquanto nos E.U.A. se considera que esta é uma matéria que deve estar fora da alçada da autoridade dos poderes públicos, devendo ser tratada no âmbito da autorregulação.⁶³

Ora, nos E.U.A. o envio de qualquer tipo de comunicações é enquadrado no âmbito do direito à liberdade de expressão consagrado desde logo na Primeira Emenda à Constituição dos E.U.A., que é um valor fundamental em relação ao qual muito poucas são as restrições admitidas.

Com isto não queremos dizer que a liberdade de expressão não é um valor igualmente fundamental na U.E., mas apenas que a amplitude das restrições admissíveis ao seu exercício é menor nos E.U.A., o que justifica a praticamente inexistente legislação sobre a problemática do *spam*. Não obstante, a temática do *spam* tem sido largamente desenvolvida nos E.U.A., uma vez que os tribunais norte-americanos têm sido chamados a resolver conflitos nesse âmbito.

Apesar do largo desenvolvimento jurisprudencial, note-se, porém, que a maioria das decisões dos tribunais norte-americanos recai sobre disputas entre fornecedores de acesso e *spammers* e não em violações de direitos dos consumidores. Tendência que, também, se compreende, uma vez que, na maioria das vezes, o consumidor não tem capacidade económica para suportar o impulso processual necessário para fazer chegar as suas pretensões à alçada de um tribunal.

A falta de impulso processual dos consumidores é uma tendência transversal quer aos E.U.A. quer à U.E., onde, aliás, se tem tentado criar soluções que invertam essa tendência. Nesse sentido, vale a pena deixar uma breve nota sobre Regulamento (UE) n.º 524/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução de litígios de consumo em linha, que entrou parcialmente em vigor em 9 de

⁶³ Cfr. JIMÉNEZ, David López, *La Publicidad en Internet Regulación y Autorregulación*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, p. 222.

janeiro de 2016. Este regulamento vem impor aos comerciantes, estabelecidos na U.E., que celebrem contratos em linha, ou seja, contratos celebrados através de uma página *web* ou de outros meios eletrónicos, a obrigação de disponibilizar nas suas páginas uma ligação eletrónica, ou seja, um *hipernexo*, que direcione o consumidor para a plataforma de resolução alternativa de litígios de consumo em linha.

Estas novas regras europeias têm como objetivo contribuir para uma tutela efetiva dos direitos dos consumidores, tantas vezes prejudicada pela discrepância entre o esforço económico exigido para desencadear um litígio em tribunal e o reduzido valor do contrato de consumo na origem do conflito. A ponderação sobre o respetivo custo de oportunidade desmotiva o recurso às vias judiciais, em prejuízo dos direitos do consumidor.

Nos E.U.A., conforme se referiu, o contributo da jurisprudência surge no âmbito dos conflitos entre fornecedores de acesso e *spammers*, nesse âmbito, refira-se o conhecido caso que opôs as empresas *Cyber Promotions, Inc.*, e *America Online, Inc.*⁶⁴. Neste caso, a empresa *spammer*, a *Cyber Promotions* utilizou uma lista de endereços eletrónicos disponibilizados pela *America Online*, para os quais enviou uma série de comunicações eletrónicas com teor publicitário. A *America Online* reagiu a esta conduta abusiva recolhendo todas as mensagens enviadas pela *Cyber Promotions* e enviando-as aos seus fornecedores de acesso, o que consequentemente avariou o seu sistema.

Nessa sequência a *Cyber Promotions* foi excluída dos respetivos servidores, circunstância que considerou violar o seu direito à liberdade de expressão. O argumento, todavia, não convenceu o tribunal que considerou que o direito à liberdade de expressão é um direito que vincula o poder público estadual, mas não entidades privadas⁶⁵.

Mais recentemente, o conhecido caso do *Spam King*⁶⁶, um indivíduo chamado Sanford Wallace que enviou mais de 27 milhões de comunicações eletrónicas não solicitadas e com teor publicitário, através da rede social *Facebook*, após ter conseguido aceder a 500

⁶⁴ *In the United States District Court for The Eastern District of Pennsylvania*, caso n.º 96-2486 e caso n.º 96-5213 de 4 de novembro de 1996, disponível em : http://www.loundy.com/CASES/Cyber_Promo_v_AOL.html (consultado em 16 de janeiro de 2016).

⁶⁵ Para uma análise mais detalhada desta decisão *vide* LEITÃO, Luís Menezes, cit., p. 201.

⁶⁶ *U.S. v. Wallace, 11-cr-00456, U.S. District Court, Northern District of California (San Jose)*. Notícia disponível em <http://www.bloomberg.com/news/articles/2015-08-25/facebook-spam-king-guilty-over-27-million-messages-u-s-says> (consultado em 16 de janeiro de 2016).

mil contas de utilizadores dessa rede social. Nessa sequência, o *Spam King* foi condenado pelo *U.S. District Court, Northern District of California (San Jose)* a uma pena de três anos de prisão e ao pagamento de uma indemnização de 250 mil dólares, por acesso ilegal a contas privadas e por violação da única lei dos E.U.A. sobre o tema, a *CAN-SPAM Act of 2003 (Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act of 2003)*⁶⁷, aprovada em 16 de dezembro de 2003, com entrada em vigor em 1 de janeiro de 2004.

A propósito da *CAN-SPAM Act of 2003*, refira-se o facto de este diploma ser alvo de várias críticas por se considerar que o mesmo não cumpre o seu principal objetivo, o combate às práticas abusivas de *spam*. Por esse motivo este diploma é, aliás, conhecido como *You Can Spam Act*.

Entre as principais falhas apontadas está, desde logo, a não exigência de consentimento prévio para todas as comunicações não solicitadas de carácter comercial, limitando-se a exigir a identificação de um endereço eletrónico para onde os destinatários possam devolver a mensagem recebida e manifestar a sua vontade de não receber aquele tipo de conteúdo.

Nos E.U.A. adotou-se, assim, um sistema de *opting-out*, uma vez que a *CAN-SPAM Act of 2003* determina que, só após o consumidor manifestar a sua vontade de não recebimento de mensagens de *spam*, fica o profissional proibido de o voltar a fazer, sob pena de indemnização pelo prejuízo que lhe causar ao fazê-lo novamente. Além de ter adotado a solução menos protetora dos direitos dos consumidores, este diploma vem, ainda, proibir os Estados de adotar legislação mais exigente em matéria de *spam*, ou seja, de adotar um sistema de *opting-in*.

Por seu turno, na U.E., a problemática da realização de marketing direto através de comunicações eletrónicas não solicitadas é regulada pela Diretiva n.º 2002/58/CE, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações eletrónicas (“Diretiva relativa à privacidade e às comunicações eletrónicas”).

⁶⁷ Vide <http://www.spamlaws.com/federal/index.shtml> (consultado em 10 de janeiro de 2016).

Note-se, todavia, que esta não é a primeira vez que a matéria do marketing direto é regulada no âmbito comunitário. Na verdade, esta Diretiva surge com a finalidade de harmonizar as disposições anteriormente existentes, com vista a proporcionar o mesmo nível de proteção do direito à privacidade e à proteção dos dados pessoais dos utilizadores de serviços de comunicações, independentemente da tecnologia utilizada. Na aceção de Alexandre Sousa Pinheiro, acolheu-se, assim, o princípio da neutralidade tecnológica⁶⁸.

A proteção da privacidade dos consumidores relativamente a práticas de marketing direto surge, desde logo, no âmbito do sector das telecomunicações ao exigir-se o consentimento prévio do utilizador para a realização de chamadas não solicitadas, nos termos do art. 12.º da Diretiva n.º 97/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de dezembro de 1997, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das telecomunicações.

Uma vez que este diploma não abrangia as comunicações comerciais não solicitadas enviadas através de correio eletrónico, tornou-se, então, necessária a sua adaptação às novas realidades do mercado e, bem assim, às novas tecnologias dos serviços de comunicação. Em 2002, a referida Diretiva foi, então, revogada e substituída pela Diretiva relativa à privacidade e às comunicações eletrónicas.

A Diretiva n.º 2002/58/CE aplica-se a todos os assinantes de um serviço de comunicações eletrónicas publicamente disponível, embora, de acordo com orientação do GT29⁶⁹, o termo assinante deveria, no âmbito do art. 13.º, sob a epígrafe “Comunicações não solicitadas”, ser substituído por utilizador, dada a existência de tendências de comunicação nas novas tecnologias que se afastam do modelo tradicional de assinante. Entre essas novas tendências, destaca-se, por exemplo, a comunicação por *Bluetooth* como uma forma de veicular mensagens publicitárias não solicitadas de forma tão invasiva como o *spam* veiculado através da internet. Nesse sentido, o GT29 considera que o facto da utilização da tecnologia *Bluetooth* não implicar a assinatura de

⁶⁸ Cfr. PINHEIRO, Alexandre Sousa, “Comunicações não solicitadas (spam)”, in *Lei do Comércio Electrónico Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 244.

⁶⁹ Vide Parecer 2/2008 do GT29 disponível em : http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2008/wp150_pt.pdf (consultado em 17 de janeiro de 2016).

um serviço de comunicação, não deve excluir os seus utilizadores do âmbito de proteção contra a prática de comunicações não solicitadas da referida Diretiva.

Não obstante o termo assinante continuar a ser utilizado no art. 13.º da Diretiva, na sequência da sua alteração resultante da aprovação da Diretiva n.º 2009/136/CE, o n.º 3 da referida disposição passou a adotar a terminologia “assinantes ou utilizadores”, reforçando a interpretação do GT29 quanto ao âmbito subjetivo de aplicação destas regras.

Nos termos do art. 13.º, n.º 1, da referida Diretiva, exige-se o consentimento prévio e explícito do destinatário para a receção de “comunicações não solicitadas para fins de comercialização direta”, ou seja, de práticas de marketing direto através da utilização de *spam*. Adotou-se, assim, um sistema de *opting-in*, o qual conhece, todavia, exceções.

Entre essas, destaca-se a regra prevista no n.º 2, deste art. 13.º, que estabelece um sistema de *opting-out* para as situações em que já existe uma relação comercial entre profissional e o consumidor, no âmbito da qual este forneceu àquele o seu endereço de correio eletrónico. Nestas situações admite-se a realização de comunicações não solicitadas sem o prévio consentimento do consumidor, desde que: (i) tenha sido informado de forma clara e inequívoca da futura utilização dos seus dados para fins de marketing direto; (ii) a comunicação não solicitada vise a divulgação de produtos ou serviços de natureza análoga aos adquiridos anteriormente no âmbito dessa relação comercial; e (iii) tenha sido dada ao consumidor, previamente, a possibilidade de recusar a utilização dos seus dados para essa finalidade, possibilidade que lhe deverá continuar a ser dada, em cada comunicação futura, em caso de não recusa.

Relativamente a outras formas de marketing direto, não veiculadas através de correio eletrónico, é deixado ao critério de cada Estado-membro a opção entre um sistema de *opting-in* e *opting-out*, nos termos do art. 13.º, n.º 3, da Diretiva.

Note-se, no entanto, que nos termos do art. 13.º, n.º 5, da Diretiva estas exigências são vinculativas apenas quando os destinatários dessas mensagens sejam pessoas singulares, pois, quando sejam pessoas coletivas, apenas se exige que os seus interesses legítimos sejam “suficientemente protegidos no que se refere a comunicações não solicitadas”. Quanto a este aspeto, no Considerando n.º 45 da Diretiva, refere-se que sempre que os

E.M. optem por estabelecer a criação de um registo das pessoas coletivas que recusam a receção de comunicações não solicitadas de marketing direto, se aplica integralmente o art. 7.º da Diretiva n.º 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000 (a “Diretiva sobre o comércio eletrónico”).

A Diretiva sobre o comércio eletrónico foi o primeiro diploma comunitário que regulou a questão do marketing direto no âmbito das comunicações eletrónicas, embora com um alcance muito mais reduzido do que aquele que lhe é agora dado na Diretiva relativa à privacidade e às comunicações eletrónicas. Em bom rigor, a Diretiva n.º 2000/31/CE limitou-se a determinar a exigência da identificação, de forma clara e inequívoca, da comunicação comercial não solicitada ao destinatário e, ainda, a exigência de que “os prestadores de serviços que enviem comunicações comerciais não solicitadas” consultam e respeitam as listas de *opting-out*, conforme determina o seu art. 7.º, n.º 1 e n.º 2, respetivamente.

Estas listas de *opting-out* são listas que contêm o registo das pessoas que se opõem ao recebimento de mensagens de *spam*. Daí que, no âmbito da Diretiva n.º 2002/58/CE, se remeta para a aplicação das disposições da Diretiva n.º 2000/31/CE quando os E.M. adotem este tipo de solução para garantir os direitos, liberdades e garantias, das pessoas coletivas.

Por fim, uma breve referência à aplicação neste âmbito da Diretiva n.º 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses. Esta Diretiva aplica-se, também, no âmbito das comunicações eletrónicas, na verdade, a Diretiva n.º 2002/58/CE vem completar e especificar o seu regime, mas não derroga nenhuma das suas disposições. Portanto, o regime de proteção de dados pessoais aplicáveis no âmbito das comunicações eletrónicas é o previsto na Diretiva n.º 95/46/CE.

Aliás, de acordo com o Considerando n.º 17 da Diretiva n.º 2002/58/CE, o consentimento do utilizador ou assinante exigido para a prática de *spam* deve ser interpretado com o mesmo conteúdo e alcance do consentimento exigido ao titular dos dados pessoais, nos termos da Diretiva n.º 95/46/CE. Esta remissão reforça, assim, a

interpretação da natureza do endereço de correio eletrónico como um verdadeiro dado pessoal.

3.2.2. REAÇÃO PORTUGUESA

A evolução do tratamento destas matérias na ordem jurídica portuguesa acompanhou a respetiva evolução comunitária. Ora, o envio de comunicações eletrónicas não solicitadas começou por ser regulado pelo art. 22.º do Decreto-Lei n.º 7/2004 que estabeleceu o regime do comércio eletrónico, transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva sobre o comércio eletrónico e o art. 13.º da Diretiva relativa à privacidade e às comunicações eletrónicas. Esta disposição foi, todavia, revogada na sequência da alteração ao referido Decreto-Lei pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto, que transpôs a Diretiva n.º 2009/136/CE, na parte em que alterou a Diretiva n.º 2002/58/CE, para a ordem jurídica portuguesa.

Além da alteração ao regime do comércio eletrónico, este diploma procedeu à primeira alteração à Lei n.º 41/2004, passando este diploma a conter o regime jurídico das comunicações não solicitadas. À Lei n.º 41/2004 foram, assim, aditados os arts. 13.º-A e 13.º-B, que vieram especificar e completar as regras gerais sobre a mensagem publicitária, previstas no Código da Publicidade, e sobre a proteção de dados pessoais, previstas na LPDP.

A solução adotada no art. 13.º-A, n.º 1, compreende um sistema de *opting-in* ao exigir-se o consentimento prévio para o envio de comunicações comerciais não solicitadas. No entanto, quando haja uma relação comercial prévia entre o remetente e o destinatário da mensagem publicitária, e a publicidade vise a promoção de produtos ou serviços análogos aos adquiridos, estabelece o n.º 3 da mesma disposição legal um mero sistema de *opting-out*. Nesta situação, exige-se, ainda, que no momento da recolha do endereço de correio eletrónico seja dado ao consumidor, por um lado, conhecimento da possibilidade da sua posterior utilização para fins de marketing direto e, por outro, a possibilidade de recusa da sua utilização com essas finalidades.

A solução portuguesa compreende, ainda, de acordo com o art. 13.º-B, n.º 1, a obrigação de todos aqueles que enviem comunicações comerciais não solicitadas criarem e

manterem atualizadas listas que contenham o registo de todos os consumidores, pessoas coletivas ou não, que manifestaram expressamente a sua vontade na receção deste tipo de comunicações, bem como, de todos aqueles que recusaram a sua receção.

Para além das listas da responsabilidade dos profissionais, o art. 13.º-B, n.º 2, determina que a Direção-Geral do Consumidor deverá manter e atualizar, mensalmente, uma lista pública das pessoas coletivas que se opõem à receção de comunicações não solicitadas de marketing direto. Sucede, porém, que atualmente esta obrigação não está a ser cumprida pela Direção-Geral do Consumidor, uma vez que até à presente data não foi divulgada qualquer lista nesse sentido⁷⁰.

O regime relativo ao conteúdo das mensagens de *spam* vem previsto na Lei n.º 7/2004, designadamente, no seu art. 21.º, que determina o alcance que o princípio da identificabilidade da mensagem publicitária assume no âmbito do marketing direto realizado por via eletrónica. Nesta situação, para além da natureza publicitária da mensagem dever ser claramente apresentada ao seu destinatário, o remetente da mesma deverá, igualmente, estar identificado. Além destas exigências, o remetente deste tipo de publicidade está, ainda, obrigado a identificar todas as ofertas promocionais aplicáveis, bem como as respetivas condições para delas usufruir.

A obrigação de identificação do remetente, imposta pelo art. 21.º da Lei 7/2004, deve ser interpretada em conjunto com o disposto no art. 13.º-A, n.º 4, da Lei n.º 41/2004, segundo o qual a identificação do anunciante passa necessariamente pela indicação de

⁷⁰ Na verdade, parece-nos, que a Direção-Geral do Consumidor não está a fazer uma interpretação correta das alterações legislativas introduzidas pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto, uma vez que na secção “Lista nacional de não receção de comunicações publicitárias”, do Portal Consumidor, acessível através do endereço <http://www.consumidor.pt/> (consultado em 27 de fevereiro de 2016), se pode ler um comunicado no qual a Direção-Geral do Consumidor afirma: “Com a entrada em vigor da Lei n.º 46/2012, de 29 de Agosto, que procedeu à transposição da Diretiva n.º 2009/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de junho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas, nomeadamente, internet e telefone, a Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, foi alterada, bem como o Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro. Dessas alterações resulta, nomeadamente, que as empresas que promovam o envio de comunicações para fins de marketing direto, incluindo SMS ou MMS, cabe manter, por si ou por organismos que as representem, uma lista atualizada de consumidores (pessoas físicas) que manifestem o consentimento expresso e de forma gratuita de que autorizam o envio destas comunicações. (...) **Consequentemente, foram revogadas as competências da DGC nesta matéria, bem como a presente lista.**” (destaque nosso).

um meio de contacto para o qual o consumidor possa manifestar a sua vontade de não receber mais comunicações.

Por fim, uma breve nota à articulação entre a legislação específica sobre *spam* e a legislação geral sobre a proteção de dados pessoais. Ora, mesmo que não existisse um regime específico para o envio de comunicações comerciais eletrónicas não solicitadas, a sua utilização dependeria sempre de consentimento prévio do seu titular, nos termos do art. 6.º da LPDP, uma vez que o endereço de correio eletrónico insere-se na definição de dado pessoal.

Note-se, no entanto, que neste âmbito podem surgir situações de resolução mais complexa, na medida em que o consentimento do titular do endereço de correio eletrónico poderá não ser suficiente para legitimar aquelas práticas. Referimo-nos, nomeadamente, às situações em que o endereço de correio eletrónico pode configurar um dado sensível e que, como tal, só poderá ser recolhido e tratado mediante autorização da CNPD.

À primeira vista, esta não seria uma questão equacionável, pois, em regra, o endereço de correio eletrónico não tem uma natureza sensível. Contudo, poderá nem sempre ser assim. Imagine-se que esse endereço de correio eletrónico está inserido numa lista de utilizadores que têm em comum uma determinada característica sensível, como por exemplo, uma doença. Ora, se essa lista de endereços for utilizada com vista à promoção de determinados medicamentos ou serviços de saúde, associados a essa doença, o destinatário da mensagem de *spam* poderá conseguir visualizar quem são os outros destinatários da lista. Nessa situação estar-se-ia a permitir que, através de um endereço de correio eletrónico, inserido num determinado contexto, fosse revelado um dado pessoal sensível sem a prévia autorização da CNPD.

Na verdade, atualmente, a tecnologia já permite evitar que o destinatário de um determinado *e-mail* visualize a lista que contém a identificação dos restantes destinatários, através da utilização da técnica do BCC (*Blind Carbon Copy*). Contudo, não é, ainda assim, irrelevante alertar para esta possibilidade, na medida em que configura um risco, muitas vezes invisível, para a privacidade do consumidor no âmbito das formas de comunicação comercial em rede.

A propósito da aplicação da LPDP à problemática do *spam*, destaque-se que já decorria do seu art. 12.º, al. b), o direito de o titular dos dados se opor ao seu tratamento para efeitos de marketing direto. Mais, mesmo quando tenha dado o seu consentimento, o titular dos dados deverá ser sempre informado quando esses sejam transmitidos a terceiros para fins de marketing direto. Assim, por exemplo, se no âmbito de uma campanha promocional o consumidor fornece livremente os seus dados pessoais ao responsável pela campanha, esse não os poderá transmitir aos seus parceiros comerciais para fins de marketing direto. Exige-se, portanto, que o consentimento informado do consumidor abranja não só a recolha dos seus dados pessoais e respetivo tratamento para as finalidades indicadas pelo profissional, mas também, a possibilidade de transmissão a terceiros, devidamente identificados, para fins de marketing direto. Em qualquer dos casos, o consumidor mantém sempre a possibilidade de se opor a tratamentos por si consentidos anteriormente.

O desrespeito por qualquer uma destas regras pode dar lugar a responsabilidade contraordenacional, em geral, nos termos do Código da Publicidade e da LPDP, e em especial, nos termos do art. 14.º, als. f) a j), da Lei n.º 41/2004. Para além da responsabilidade contraordenacional, a prática de *spam* pode dar ainda lugar à aplicação de sanções administrativas pela CNPD ou pela ANACOM, as quais, se desrespeitadas, podem ainda resultar na aplicação de sanções pecuniárias compulsórias ao infrator, de acordo com o previsto nos arts. 13.º-F e seguintes da Lei n.º 41/2004.

3.3. CRIAÇÃO E UTILIZAÇÃO DE BASES DE DADOS DE CONSUMIDORES

A criação e utilização de bases de dados de consumidores é fundamental no desenvolvimento da atividade publicitária moderna. Conforme analisado, a promoção direta de bens ou serviços junto do consumidor, através da prática de *spam*, por exemplo, pressupõe uma abordagem mais personalizada, a qual só é possível se o profissional possuir informação específica sobre o consumidor.

O processo de criação de bases de dados visa, assim, traçar perfis de consumo que forneçam aos profissionais informação que lhes permita adotar decisões de negócio

mais racionais, com uma margem de risco reduzida e que, consequentemente, representam uma economia de custos para a sua atividade comercial.

A utilização de informação pessoal dos consumidores pressupõe a realização de duas etapas prévias que correspondem à fase de recolha e à fase da interconexão⁷¹. O momento da recolha é o ponto de partida para a criação da base de dados. Este é o momento em que, por exemplo, o consumidor para realizar uma determinada compra *online* tem de se registar no sítio eletrónico do profissional, fornecendo-lhe aí os seus respetivos dados pessoais.

Após a recolha da informação é necessário proceder ao seu tratamento. É aqui que começa a segunda etapa, a interconexão que permite a identificação de perfis de consumo, ou seja, a identificação das características do tipo de consumidor mais interessado na aquisição de um determinado produto ou serviço. Através do cruzamento de dados é possível perceber, por exemplo, em relação a um determinado produto, a faixa etária do público interessado, a sua localização geográfica maioritária ou, até mesmo, as suas características físicas.

A empresa francesa *La Redoute*, de vendas por catálogo, conserva em memória as informações associadas a cada compra realizada pelos seus clientes, nomeadamente, informação sobre as suas lojas favoritas, modos usuais de pagamento, forma de entrega, se têm filhos e as respetivas idades. A conservação destes dados permite à empresa analisar o padrão de comportamento e preferências dos seus clientes e, assim, identificar o público-alvo interessado nos seus produtos ou serviços.

Segundo uma das empresas responsáveis pelo tratamento dos dados recolhidos pela marca francesa, a partir da informação armazenada pela *La Redoute* é possível identificar um grupo de mulheres maduras, com idades a rondar os 50 anos e que vestem tamanho 46, alvos ideais para empresas de produtos dietéticos⁷².

Estas bases de dados apresentam-se, assim, como uma ferramenta fundamental no desenvolvimento empresarial, na medida em que permitem às empresas prever com segurança se uma determinada decisão comercial será ou não lucrativa, estas bases de

⁷¹ Cfr. PINOCHET, Ruperto Olave, *Contratos Eletrónicos y Defensa del Consumidor*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 230.

⁷² Vide MARQUES, José Augusto Garcia, e MARTINS, Lourenço, cit., p. 396.

dados já são consideradas o “petróleo do século XXI”⁷³. Quem detém esta informação, detém um importante ativo, hoje “os dados que as empresas estão a agregar são imensos e muitas ainda nem sabem bem para que servirão, no futuro. Mas sabem que valem muito dinheiro, que estão sentadas numa mina de ouro”⁷⁴. Assim, as informações recolhidas pelos profissionais têm valor acrescentado, sendo nalguns casos um dos maiores ativos da empresa⁷⁵.

A utilização de informação pessoal do consumidor com estas finalidades pode também revelar-se vantajosa para o próprio. Na verdade, se são levados ao encontro do consumidor produtos ou serviços do seu interesse, a sua atividade de pesquisa, no momento anterior à sua aquisição, torna-se mais eficiente. A atual sociedade de consumo tolera essa intromissão na vida privada dos seus cidadãos, pois, “quanto melhor os fornecedores conhecerem os consumidores, melhor atenderão seus desejos”⁷⁶. Refira-se, por exemplo, o caso da conhecida plataforma de *e-commerce* da empresa *Amazon*, que utiliza os dados dos seus clientes com vista a proporcionar-lhes uma melhor experiência, quer ao nível da pesquisa de produtos, quer ao nível do processo de encomenda, o que só é possível devido à retenção de dados sobre compras realizadas anteriormente.

Em bom rigor, esta troca de informação entre comerciante e consumidor pode até fomentar o aumento da confiança deste nas relações comerciais que estabelece com aquele. Contudo, as vantagens identificadas não anulam os sérios riscos que estas novas realidades implicam para a privacidade do consumidor, que variam em função da visibilidade, ou não, da recolha, e respetivo tratamento, dos seus dados pessoais. Ora, os riscos de lesão do direito à privacidade do consumidor são diferentes consoante este esteja, por exemplo, a fornecer os seus dados pessoais através do preenchimento de um formulário *online* para aquisição de um determinado produto ou serviço, ou a ser

⁷³ MIGUEL, João Dias, “Infotráfico – Quando a Presa Somos Nós”, in *Visão*, n.º 1181, outubro de 2015, p. 52.

⁷⁴ Cfr. MIGUEL, João Dias, cit., p. 55.

⁷⁵ Refira-se o caso da venda da *Egghead Software* à *Fry’s Eletronics*, em 2001, negócio que envolveu a transmissão da base de dados de 4 milhões de consumidores pelo preço de 10 milhões de Dólares. Vide EDWARDS, Lilian, “Consumer Privacy, On-Line Business and the Internet: Looking for privacy in all the Wrong Places”, in *Internacional Journal of Law and Information Tecnology*, Oxford University Press, vol. 11, n.º 3, Oxford, 2003, p. 228.

⁷⁶ Cfr. JÚNIOR, João Lopes Guimarães, “A Criação de Bancos de Dados Clandestinos e o Direito à Privacidade do Consumidor”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 35, Coimbra, setembro 2003, p. 31.

monitorizado durante a sua pesquisa *online* sem disso ter conhecimento. A análise que se segue visa identificar os tipos de tratamentos de dados pessoais que estão a ser realizados pelos profissionais, designadamente, os tratamentos visíveis e invisíveis, e as suas respetivas implicações na privacidade dos consumidores.

3.3.1. RISCOS PARA A PRIVACIDADE DOS CONSUMIDORES: FORMAS VISÍVEIS E INVISÍVEIS DE TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

São formas visíveis de tratamento de dados pessoais aquelas que são percecionáveis pelo consumidor, ou seja, o consumidor tem conhecimento de que as suas informações estão acessíveis a outras pessoas. Esta será a situação, por exemplo, dos fóruns de discussão e de outras páginas *web* em que é o próprio titular da informação que a insere no mundo virtual. Estas situações assentam na livre participação do consumidor, que concede por sua livre iniciativa informações relativas à sua vida privada, incluindo, as suas preferências e experiências de consumo.

Atualmente, muitas das empresas que comercializam os seus produtos ou serviços através da internet disponibilizam nas suas páginas *web*, para cada produto ou serviço, um espaço para comentários, no qual os consumidores que os tenham adquirido anteriormente podem atribuir-lhes uma pontuação e fornecer o seu testemunho de satisfação. Nesse espaço podem ser disponibilizadas pelo próprio consumidor várias informações, entre as quais, a data de aquisição, se é a primeira aquisição, se pretende voltar a adquirir o mesmo produto ou outro semelhante, se pretende adquirir algum produto complementar, entre outras informações. Este tipo de testemunhos, além de contribuir para ajudar outros consumidores a formar a sua decisão de adquirir o produto em questão, dá muita informação ao profissional, informação que este recolhe, armazena e trata.

Nestas situações é o próprio consumidor que disponibiliza a sua informação pessoal na rede, contudo, nem sempre o faz com consciência do destino que lhe poderá ser dado por outros utilizadores, entre os quais, o profissional. O mesmo acontece nas situações em que o consumidor descarrega *online* produtos ou serviços gratuitos. Na verdade, a

gratuidade desses produtos ou serviços é meramente aparente, pois, o consumidor está a pagar com os seus dados pessoais.

Neste âmbito, estão a ser desenvolvidas duas tendências opostas. Se, por um lado, os consumidores se mostram preocupados com a salvaguarda da sua privacidade, por outro, mostram-se dispostos a sacrificá-la em troca das vantagens que lhes são oferecidas pela sociedade de consumo. Conforme destaca Lilian Edwards⁷⁷ “faça um estudo e os consumidores dizem-se muito preocupados com a sua privacidade. Então ofereça-lhes um desconto num livro e eles dizem-lhe tudo”.

Nestes casos, apesar de os dados pessoais serem fornecidos pelo próprio consumidor, consideramos não existir um verdadeiro consentimento informado. Na verdade, atualmente, os consumidores ainda desconhecem o elevado valor que os seus dados pessoais têm para o profissional o que os impede, desde logo, de os negociar efetivamente, acabando por fornecer os seus dados em troca de quase nada. O desequilíbrio verificado quanto a este aspeto da relação entre o consumidor e profissional fundamenta-se no facto de o consumidor não estar ainda preparado para configurar os processos complexos utilizados no tratamento e interconexão dos seus dados pessoais e, por isso, não conseguir perceber o seu real valor de mercado.

A situação de recolha de dados pessoais como contrapartida do fornecimento de bens ou serviços é, pela primeira vez, equacionada na atual proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais⁷⁸. Esta proposta tem como objetivo implementar um conjunto uniforme de regras que fomentem a confiança dos consumidores e o estabelecimento de relações transparentes no mercado único digital, pondo fim à insegurança e desconhecimento dos consumidores relativamente aos seus direitos quando adquirem conteúdos digitais a empresas sediadas em ordenamentos jurídicos de outros E.M..

Nos termos do art. 3.º da proposta de Diretiva prevê-se que a mesma “é aplicável a qualquer contrato em que o fornecedor fornece ao consumidor conteúdos digitais ou se compromete a fazê-lo e, em contrapartida, é pago um preço **ou o consumidor fornece**

⁷⁷ Cfr. EDWARDS, Lilian, cit., p. 227.

⁷⁸ Cujo texto integral está disponível em <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/PT/1-2015-634-PT-F1-1.PDF> (consultado em 28 de fevereiro de 2016).

ativamente outra contrapartida que não dinheiro, sob a forma de dados pessoais ou quaisquer outros dados.” (destaque nosso).

Ao estabelecer-se esta indiferenciação quanto à natureza da contrapartida pelo fornecimento de conteúdos digitais quanto ao seu âmbito de aplicação, pretende-se que as regras desta Diretiva sejam aplicáveis a todos os fornecimentos de conteúdo digital. Esta regra visa, assim, evitar que as empresas passem a transmitir os seus conteúdos digitais exclusivamente em troca de dados pessoais, afastando dessa forma a aplicação de um regime mais exigente de proteção dos direitos do consumidor. Uma interpretação mais atenta desta disposição permite-nos, ainda, concluir que, ao estabelecer a indiferenciação entre dinheiro e dados pessoais, está a configurá-los como um bem fungível, confirmando, assim, as comparações que temos vindo a assinalar entre dados pessoais e o “petróleo do século XXI”.

Não obstante, o direito dos consumidores à proteção dos seus dados pessoais nos contratos de fornecimento de conteúdos digitais continua a reger-se pela Diretiva n.º 95/46/CE e pela Diretiva n.º 2002/58/CE, cujo regime analisaremos no ponto seguinte. Por esse motivo, se os dados pessoais do consumidor estão a ser recolhidos em troca do fornecimento de conteúdos digitais, pressupõe-se que aquele deu o seu consentimento informado para essa transação.

É precisamente esta a questão que mais nos suscita dúvidas, pois, os consumidores não têm um verdadeiro conhecimento sobre os valor dos seus dados pessoais, para estes adquirir conteúdo digital com esta contrapartida representa uma transação rápida, de baixo custo e que envolve poucos riscos, o que pode nem sempre corresponder à verdade. Em bom rigor, se o consumidor estiver a ser aliciado com vantagens, com ofertas de serviços ou produtos extras, descontos ou outras regalias, não lhe está a ser dado o espaço necessário para equacionar os efetivos riscos daquela transação.

Nestas condições o consumidor poderá não ter um critério suficientemente claro para adotar uma decisão de consumo livre e esclarecida, por isso, consideramos que, na maioria dos casos, o consumidor dá um falso consentimento informado, não havendo uma tutela efetiva da proteção dos seus dados pessoais. Portanto, apesar de até aqui termos equacionado formas de tratamentos de dados pessoais visíveis ao consumidor, nem por isso estas se apresentam isentas de riscos para a sua privacidade, pois, a

visibilidade do tratamento realizado nem sempre se traduz no seu respetivo consentimento informado.

Igualmente problemáticas são as chamadas formas invisíveis de tratamento de dados pessoais, que invertem o paradigma da relação entre o utilizador e a ferramenta informática que este utiliza para obter informação⁷⁹. Nesta relação, o utilizador assume, em regra, uma posição ativa, e a ferramenta informática que este utiliza para navegar na internet, o chamado *browser*, assume uma posição passiva, na medida em que este reage às instruções daquele. O utilizador impulsiona a pesquisa e o *browser* apresenta os resultados associados ao impulso do utilizador.

Sucede, porém, que os tratamentos invisíveis de dados pessoais podem inverter esta lógica, passando a ferramenta informática a assumir uma posição ativa. Estes tratamentos invisíveis são possibilitados devido à utilização dos chamados *cookies* que podem ser definidos como “dados armazenados no navegador do utilizador e enviados para *websites*”⁸⁰.

Os *cookies* armazenam, assim, um conjunto de informações recolhido a partir da monitorização da navegação do utilizador, ou seja, monitorizam-se os seus passos no mundo virtual, como por exemplo, as páginas *web* que pesquisa, os termos que pesquisa ou as compras *online* que realiza. Estas práticas só são possíveis porque cada computador tem associado um código de identificação, o chamado ficheiro *log*, que é transmitido sempre que o utilizador se conecta a uma determinada página *web*⁸¹. O armazenamento desses dados permite obter um nível elevado de conhecimento sobre cada utilizador, o que permite enquadrá-lo num determinado perfil de consumo.

Uma vez que estes dados são armazenados na própria memória do computador do utilizador os mesmos condicionam os resultados das suas ações futuras no mundo virtual. Ora, esta questão assume particular relevo no caso dos utilizadores consumidores, que procuram informação *online* sobre produtos e serviços com vista à sua aquisição quer pelos meios tradicionais, quer através de plataformas de *e-commerce*.

⁷⁹ Nesse sentido, veja-se ASCENSÃO, José de Oliveira, “Hyperlinks, Frames, Metatags – A Segunda Geração de Referências na Internet”, in *Direito da Sociedade de Informação*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 36.

⁸⁰ MIGUEL, João Dias, cit., p. 52.

⁸¹ Cfr. MARQUES, José Augusto Garcia, e MARTINS, Lourenço, cit., p. 440.

Nestas situações, a utilização de *cookies* pode revelar-se problemática, pois, ao armazenar informação sobre as preferências de consumo do utilizador, sem que este se aperceba, o *browser* apresenta-lhe resultados que não lhe apresentaria se não tivesse sobre si qualquer conhecimento.

A doutrina e jurisprudência⁸² têm distinguido as seguintes categorias de dados: (i) os dados de base, que são aqueles que “constituem os elementos necessários ao acesso à rede (...) designadamente a identificação do utilizador”⁸³, ou seja, os tais ficheiros *log*, acima referidos; (ii) os dados de tráfego, que são “quaisquer dados tratados para efeitos de envio de uma comunicação através de uma rede comunicações eletrónicas ou para efeitos de faturação da mesma”⁸⁴; e (iii) os dados de conteúdo, que são os “dados relativos ao conteúdo da comunicação ou da mensagem”⁸⁵.

Ora, assim sendo, tanto são suscetíveis de violar a privacidade dos consumidores o armazenamento de dados relativos ao conteúdo que estes transmitem, como as suas preferências de consumo, como também os dados relativos ao seu tráfego *online*. Na verdade, armazenar e tratar dados, como o número de vezes que um consumidor visita um determinado sítio eletrónico ou o período de tempo que nesse permanece, permite medir o seu nível de interesse⁸⁶, informação que será posteriormente utilizada para efeitos de marketing.

A utilização de formas de tratamento de dados pessoais invisíveis, como os *cookies*, apresenta riscos para o direito à privacidade dos consumidores, uma vez que os seus dados pessoais estão a ser recolhidos e utilizados para finalidades de marketing, sem o seu conhecimento e consentimento. A utilização destas formas de tratamentos de dados pessoais só será, portanto, legítima, quando assente no consentimento livre e esclarecido do titular dos mesmos.

⁸² Embora no âmbito de casos relacionados com a violação do segredo das telecomunicações perante autoridades judiciárias e não no âmbito das relações de consumo.

⁸³ Cfr. Tribunal da Relação do Porto, Acórdão de 25 de setembro de 2002, Processo n.º 0141415 (Isabel Pais Martins), disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/951291f841b2832680256ca6003163fe?OpenDocument> (consultado em 6 de fevereiro de 2016).

⁸⁴ Definição do artigo 2.º, al. b), da Diretiva n.º 2002/58/CE.

⁸⁵ Cfr. Tribunal da Relação de Évora, Acórdão de 26 de junho de 2007, Processo n.º 843/07-1 (Guilhermina de Freitas), disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/daa6e41d3c09ff2580257de100574cdd?OpenDocument> (consultado em 6 de fevereiro de 2016).

⁸⁶ Alerta-nos para esta realidade LEITÃO, Adelaide Menezes, “Publicidade ...”, cit., pp. 293 e 294.

Nessa senda, a conduta dos profissionais deverá pautar-se pela observância de três princípios fundamentais que se concretizam no cumprimento do dever de informação, do dever de adequação a finalidades leais e na obtenção de consentimento prévio⁸⁷, conforme exige a legislação aplicável em matéria de proteção de dados pessoais.

Ou seja, o consumidor tem de estar informado da utilização da recolha dos seus dados pessoais e respetiva finalidade, que deverá ser sempre determinada, explícita e legítima. Mais, para além do conhecimento, o consumidor terá, ainda, de dar o seu consentimento, só assim legitimando a referida utilização. No caso dos *cookies*, por exemplo, o consentimento deverá ser solicitado de forma expressa pelo próprio programa de navegação instalado no equipamento eletrónico do consumidor, devendo-lhe ser facultada a possibilidade de retirar esse consentimento a todo o tempo.

Sempre que os profissionais atuem de acordo com os princípios enunciados, o direito do consumidor à privacidade no ato de navegar *online* estará acautelado. Nessas circunstâncias, a utilização de formas invisíveis de tratamento de dados pessoais, como os *cookies*, poderá ter uma função verdadeiramente útil, quer para profissionais, quer para consumidores.

Por um lado, a utilização de *cookies* permite aos profissionais apurar a eficácia das estratégias publicitárias por si adotadas. Por exemplo, se uma empresa aposta na divulgação de um determinado produto através do seu sítio eletrónico, a utilização de *cookies* permitir-lhe-á perceber se o número de acessos aumentou, qual o número de acessos de cada utilizador, se este acedeu para visualizar o produto em promoção, se o comprou, se visualizou outros produtos, etc., contribuindo, assim, para o desenvolvimento racional do seu negócio.

Por outro lado, os *cookies* também podem ser úteis para o próprio consumidor, pois, ao armazenarem a sua informação, facilitam a sua identificação no momento em que realiza uma determinada transação *online*, evitando, assim, ter de preencher todos os seus dados a cada transação realizada. O armazenamento dos dados de navegação do consumidor permite-lhe, ainda, retomar uma pesquisa interrompida, ver os produtos ou

⁸⁷ Cfr. MARQUES, José Augusto Garcia, “Internet e Privacidade”, in *Direito da Sociedade de Informação*, Vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 58.

serviços por si visualizados anteriormente, facilitando desta forma a sua tarefa de comparar produtos e serviços no momento prévio à aquisição dos mesmos.

Com a mesma lógica de monitorização dos *cookies*, a chamada geolocalização, ou georreferenciação, também é uma forma de recolha de informação pessoal nem sempre visível pelo consumidor. A utilização de tecnologia de geolocalização começou por inicialmente ter um uso bastante limitado⁸⁸. Com a crescente utilização das redes sociais essa tendência inverteu-se, uma vez que estas recorrem frequentemente à tecnologia de geolocalização para finalidades de marketing.

A geolocalização consiste em localizar no tempo e no espaço um determinado dispositivo móvel e, assim, recolher os respetivos dados de localização do seu utilizador. Nos termos do art. 2.º, al. e), da Lei n.º 41/2004, dados de localização são “quaisquer dados tratados numa rede de comunicações eletrónicas ou no âmbito de um serviço de comunicações eletrónicas que indiquem a posição geográfica do equipamento terminal de um utilizador de um serviço de comunicações eletrónicas acessível ao público”.

Assim, sempre que o utilizador conecta o seu dispositivo móvel à internet, permite a recolha de informação fundamental à determinação das suas necessidades naquele momento e local. Por esse motivo, é comum que, ao aceder à internet num determinado momento e local, o utilizador receba comunicações comerciais com vista à promoção de bens ou serviços que podem ser adquiridos naquele momento nas proximidades dos locais em que se encontra.

Do ponto de vista do profissional, a utilização de técnicas de geolocalização torna mais eficaz a transmissão da sua mensagem publicitária, pois, atinge um nível de personalização tal, derivado da informação que possui sobre o utilizador, que aumenta as probabilidades de este adquirir os bens ou serviços divulgados⁸⁹. Assim, por exemplo, se à chegada a um determinado aeroporto o utilizador se conecta à internet, é

⁸⁸ Segundo o relatório “*Marketing Via Geosocial Apps: Why And How Location-Based Social Networking, Though Stagnant Now, Is Poised To Grow*” da *Forrester Research*, em 2010 apenas 4% dos usuários adultos dos E.U.A. utilizavam aplicações de geolocalização. O resumo do referido relatório está disponível em <https://www.forrester.com/report/Marketing+Via+Geosocial+Apps+Why+And+How/-/E-RES61072> (consultado em 24 de fevereiro de 2016).

⁸⁹ Para mais desenvolvimentos vide JIMÉNEZ, David López, *La Publicidad...* cit., pp. 265-271.

provável que receba informação sobre produtos e serviços de carácter turístico, informação que será, em regra, do seu interesse.

As vantagens da geolocalização são, todavia, mitigadas pelos riscos que a sua utilização representa para a privacidade dos utilizadores de dispositivos móveis. À semelhança do que acontece no caso dos *cookies*, a utilização de tecnologia de geolocalização é praticamente invisível ao utilizador, o que permite a recolha e tratamento dos seus dados de localização sem o seu respetivo conhecimento e consentimento.

A consciência dessa problemática levou a Autoridade Europeia para a Protecção de Dados⁹⁰ a emitir parecer onde estabelece que, no âmbito das redes sociais, o direito à privacidade dos utilizadores só é garantido se, por defeito, os serviços de geolocalização estiverem desativados, cabendo ao utilizador adotar uma conduta ativa para os acionar se assim o entender. Subjacente a esta orientação da AEPD está a ideia de que a exposição de informação pessoal é uma decisão que deve caber em exclusivo ao utilizador e que, portanto, é este que, de acordo com os seus interesses, deve conscientemente ativar opções que podem implicar violações à sua privacidade.

No nosso ordenamento jurídico, o art. 7.º da Lei n.º 41/2004 determina que o processamento de dados de localização apenas é permitido “se os mesmos forem tornados anónimos”. Para tal, será sempre necessário obter o “consentimento prévio e expresso dos assinantes ou utilizadores”, o qual poderá ser obtido através da aceitação de termos e condições ou no momento da configuração pelo próprio utilizador, em consciência, das definições de localização do seu dispositivo móvel.

Em conclusão, a utilização legítima de quaisquer formas de tratamento de dados pessoais, sobretudo as consideradas invisíveis, no âmbito das relações de consumo, dependerá sempre da observância dos direitos dos consumidores, designadamente, o direito à informação consagrado genericamente na Lei da Defesa do Consumidor e, ainda, os direitos decorrentes da Lei da Protecção de Dados Pessoais, cujo regime analisaremos no ponto seguinte.

⁹⁰ Vide Parecer da Autoridade Europeia para a Protecção de Dados sobre a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões — «Uma abordagem global da protecção de dados pessoais na União Europeia», disponível em [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XX0622\(01\)&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XX0622(01)&from=ES) (consultado em 24 de fevereiro de 2016).

3.3.2. REGIME JURÍDICO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS ONLINE

O regime jurídico da proteção de dados pessoais decorre, desde logo, da Diretiva n.º 95/46/CE, transposta para o ordenamento jurídico português pela LPDP. Este regime é completado pela Diretiva n.º 2002/58/CE, com as alterações introduzidas pela Diretiva n.º 2009/136/CE, transposta para o ordenamento jurídico pela Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto⁹¹. Já nos pronunciámos sobre as implicações desta legislação nos pontos 3.2.1. e 3.2.2. do presente trabalho no âmbito da problemática do marketing direto, por esse motivo centraremos agora a nossa atenção no regime geral da proteção de dados pessoais e respetiva aplicação no âmbito das relações de consumo estabelecidas através da internet⁹².

Relativamente a esta questão, o GT29 defende que se deve aplicar às relações jurídicas estabelecidas através da internet os mesmos princípios e regras gerais aplicáveis às relações jurídicas estabelecidas no mundo físico⁹³. Assim sendo, as relações jurídicas estabelecidas através da internet não devem ser excluídas do âmbito de aplicação da legislação enunciada.

⁹¹ Note-se que, em breve, teremos alterações ao regime da proteção de dados pessoais decorrente da legislação enunciada, pois, no passado dia 15 de dezembro de 2015, a Comissão Europeia, o Parlamento Europeu e o Conselho chegaram a acordo quanto ao texto final da proposta do novo Regulamento da Proteção de Dados Pessoais. Este acordo pôs assim termo às negociações que corriam em “trílogo” desde a apresentação da sua proposta pela Comissão Europeia em janeiro de 2012. Com este novo Regulamento pretende-se criar um regime único aplicável de forma uniforme em toda a U.E., reduzindo-se assim os custos e as burocracias desnecessárias para as empresas e aumentando a confiança dos cidadãos. Prevê-se que a aprovação oficial do novo Regulamento tenha lugar no início de 2016, contudo, a aplicação das novas regras ocorrerá apenas dois anos após a sua aprovação, conferindo deste modo aos E.M. um período transitório de adaptação.

⁹² Uma vez que não existe legislação específica sobre a questão, como existe, por exemplo, no Brasil, onde no próprio Código da Defesa do Consumidor, aprovado pela Lei n.º 8.078/90, de 11 de setembro de 1990, se dispõe, designadamente, na sua secção VI, sobre a existência e requisitos aplicáveis aos bancos de dados e cadastros de consumidores. Para uma análise mais detalhada deste regime no Brasil veja-se SANTOS, Janaína de Carlos dos, “A Comercialização de Dados Cadastrais do Consumidor e a Ponderação em face da Colisão entre os Direitos Fundamentais à Privacidade e ao Livre Acesso à Informação: análise de um caso”, in *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n.º 60, Rio Grande do Sul, 2007, pp. 239 e seguintes.

⁹³ Vide, entre outros, a *Opinion 1/2000 in certain data protection aspects of the electronic commerce*, de 3 de fevereiro de 2000, disponível em http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2000/wp28_en.pdf (consultado em 7 de fevereiro de 2016) e a *Opinion 2/2000 concerning the general review of the telecommunications legal framework*, disponível em http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2000/wp29_en.pdf (consultado em 7 de fevereiro de 2016).

Contudo, a verdade é que o mundo virtual apresenta especificidades face ao mundo físico que colocam dificuldades à aplicação dos princípios clássicos da proteção de dados pessoais às relações jurídicas aí estabelecidas. A circulação de informação em rede não conhece limites e, como tal, qualquer utilizador poderá apropriar-se de informação disponibilizada por outros utilizadores, sem que os mesmos tenham disso consciência ou sejam informados. O direito à informação no momento da recolha dos dados pessoais está, desde logo, comprometido.

Estas especificidades do mundo virtual determinam que, em matéria de dados pessoais, a equiparação entre a sua regulação e a regulação do mundo físico se deve limitar aos princípios e regras gerais do regime jurídico da proteção de dados pessoais, devendo-se adaptar os normativos existentes a este novo fenómeno que é a sociedade tecnológica. Nessa senda, o conjunto de direitos e obrigações definidos no âmbito da tutela do direito à privacidade, enquanto núcleo essencial do regime jurídico da proteção de dados pessoais, deverá ser igualmente aplicável aos utilizadores da rede, que poderão ser, designadamente, consumidores.

Os princípios fundamentais que regem a matéria da proteção de dados pessoais assumem particular relevo no âmbito das relações de consumo *online*, pois, impõem a todos os profissionais que disponibilizam os seus bens ou serviços em rede a obrigação de adotar políticas de privacidade que sejam conformes às regras e princípios decorrentes da legislação aplicável em matéria da proteção de dados pessoais.

Em primeiro lugar, deverá ser observado o princípio da limitação em matéria de recolha, segundo o qual todos os dados de carácter pessoal devem ser obtidos de forma lícita e leal. Ou seja, a observância deste princípio impõe-se, desde logo, na fase de recolha dos dados pessoais, determinando que a mesma só será lícita quando o seu titular esteja informado da mesma e, nesse caso, tiver para isso dado o seu consentimento. Assim, sempre que o profissional procede à recolha dos dados do consumidor deverá, para além de lhe prestar toda a informação inerente, obter o seu consentimento.

Em segundo lugar, o princípio da qualidade dos dados determina que os dados recolhidos devem ser “adequados, pertinentes e não excessivos, relativamente às finalidades para que são recolhidos”, conforme dispõe o art. 6.º, al. c), da LPDP. Este

princípio está intrinsecamente ligado ao princípio da especificação das finalidades, na medida em que não são admissíveis recolhas de dados para finalidades gerais, mas apenas para finalidades específicas, conforme dispõe a al. b) da mesma disposição legal.

No momento em que o profissional recolhe os dados do consumidor deverá especificar as respectivas finalidades, ficando, ainda, vinculado à observância do princípio da limitação da utilização. Assim, se o profissional informa o consumidor de que os seus dados serão recolhidos apenas com a finalidade de permitir a execução do contrato, por exemplo, para permitir a comunicação entre as partes, não poderá depois utilizar esses dados para fins estatísticos, com vista a traçar as preferências do consumidor.

Após a recolha e tratamento de dados pessoais para finalidades determinadas com base no consentimento informado do consumidor, o profissional está ainda vinculado aos deveres decorrentes do princípio da participação individual, corolário do disposto nos arts. 11.º e 12.º da LPDP. Segundo este princípio, o profissional deverá garantir ao consumidor o exercício dos direitos de acesso, retificação e eliminação dos seus dados pessoais.

Por fim, o profissional deverá, ainda, nos termos do art. 14.º e seguintes da LPDP, adotar medidas de segurança técnicas e organizativas contra riscos de perda, divulgação não autorizada ou acessos ilegítimos de terceiros, e as suas conseqüentes utilizações, em cumprimento do chamado princípio das garantias de segurança.

Em bom rigor, todos os princípios acima enunciados são na verdade subprincípios, decorrentes dos princípios gerais da transparência e do direito à informação subjacentes quer ao regime jurídico do direito ao consumo, quer ao regime jurídico da proteção de dados pessoais, também aplicáveis em geral, de acordo com a análise realizada no início do presente capítulo, aos tratamentos de dados pessoais em rede.

Em suma, os riscos que as formas de comunicação comercial em rede representam para a privacidade dos consumidores traduzem-se na utilização por profissionais dos seus dados pessoais, para finalidades de marketing, em desrespeito dos princípios da transparência e informação, bem como, de todos os subprincípios deles decorrentes.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento da relação de consumo faz-se, cada vez mais, por recurso às novas tecnologias. Desde o momento da divulgação do produto ou serviço até ao momento da celebração do contrato, profissionais e consumidores recorrem à informação disponível na rede.

As novas tecnologias permitem ao consumidor um acesso a um vasto leque de informações fundamentais à formação da sua decisão de consumo livre e esclarecida. Contudo, em contrapartida, também permitem ao profissional obter cada vez mais informação sobre o seu consumidor alvo. Por um lado, os consumidores partilham cada vez mais informação em rede e, por outro, as ferramentas da rede permitem aos profissionais recolher a informação que os consumidores não partilham, sem que estes disso se apercebam.

A informação recolhida é tratada pelo profissional e utilizada na definição da sua estratégia comercial. O conhecimento do seu público-alvo permite aos profissionais adotar decisões de negócio com um risco de fracasso praticamente nulo. Além desta vantagem, a posse desta informação representa, ainda, um importante ativo da empresa, pois, outras empresas anseiam por ter acesso a essa informação e estão dispostas a pagar por ela.

A utilização por profissionais de informação pessoal do consumidor para finalidades de marketing, fundamenta-se nos seus direitos à liberdade de expressão e informação e à liberdade de iniciativa privada, consagrados constitucionalmente nos arts. 37.º e 61.º da CRP. Sucede, porém, que o exercício desses direitos fundamentais dos profissionais deverá ser compatibilizado com o “direito à autodeterminação informativa dos consumidores”⁹⁴, resultado da conjugação dos direitos consagrados nos arts. 26.º, n.º 1, 35.º e 60.º, n.º 1 e n.º 2, da CRP. Nesse sentido, por forma a evitar uma situação de conflito de direitos fundamentais, deverá procurar-se uma solução equilibrada e proporcional que, de acordo com o art. 18.º, n.º 2 e n.º 3, da CRP, não afete os seus respetivos núcleos essenciais.

⁹⁴ Vide nota n.º 15.

Encontrar uma solução legislativa para este problema não é, todavia, fácil, uma vez que o mesmo suscita a intervenção de três âmbitos de regulação diferentes, o do direito do consumo, o do direito da publicidade e o da proteção dos dados pessoais. Esta circunstância justifica que o tratamento legislativo desta questão tenha sido realizado de forma dispersa.

Existem, portanto, vários diplomas que regularam alguns aspetos da problemática apresentada e, como tal, o seu âmbito subjetivo de aplicação poderá, igualmente, variar. Se, por um lado, a noção de consumidor adotada pelos vários diplomas não é uniforme, por outro lado, a maioria da legislação relevante no domínio da privacidade não visa, sequer, a proteção direta do consumidor.

Por esse motivo, dada a multidisciplinariedade característica do direito do consumo, consideramos que, nessas situações, deverá ser adotada a noção de consumidor do art. 2.º, n.º 1, da Lei da Defesa do Consumidor, uma vez que esta assume a função de “Lei-Quadro” do direito do consumo. Segundo a definição aí adotada será consumidor a pessoa a quem sejam fornecidos bens ou prestados serviços, destinados a um uso não profissional, por um profissional. Nesse sentido, consideramos que a qualificação como consumidor daquele que adquire bens ou serviços *online*, de acordo com as circunstâncias descritas, não deverá ser afastada em função do meio de comunicação utilizado.

As relações de consumo desenvolvidas em rede impõem o cumprimento de um dever acrescido de informação aos profissionais. As formas de comunicação comercial em rede assumem um papel de fulcral relevância no cumprimento dos deveres de informação dos profissionais.

A comunicação comercial é realizada em rede quando são utilizados meios de comunicação eletrónicos, designadamente, quanto é utilizada a internet. As formas de comunicação comercial em rede distinguem-se entre formas passivas e formas ativas, ou inoportunas, conforme se imponham ou não ao consumidor independentemente da sua vontade. Entre estas últimas, mais problemáticas, destacam-se as práticas de marketing direto, ou seja, de publicidade direcionada, entre as quais, o envio de comunicações comerciais eletrónicas não solicitadas, também conhecido como *spam*.

A problemática em torno destas formas de comunicação comercial reside no facto de os profissionais as utilizarem em desrespeito pelos direitos dos consumidores, em especial, do seu direito à privacidade. A reação à utilização abusiva destas práticas publicitárias passou, na maioria das ordens jurídicas, pela exigência de consentimento do consumidor.

A forma de obtenção do consentimento do consumidor pode ser configurada através de dois sistemas diferentes, o sistema de *opting-in* e o sistema de *opting-out*. A adoção de um ou outro sistema não é, todavia, unânime, verificando-se uma clivagem entre a solução dos E.U.A., que adotaram um sistema de *opting-out*, e a solução da U.E. e, bem assim, de Portugal, onde se adotou um sistema de *opting-in*.

O sistema de *opting-out* admite o envio de mensagens de *spam* sem obtenção do consentimento prévio do destinatário, exigindo-se apenas que lhe seja dada a oportunidade de, após a receção de cada mensagem, recusar a receção de comunicações posteriores. Por seu turno, o sistema de *opting-in* exige ao profissional a obtenção do consentimento prévio do destinatário.

Na U.E. esta matéria é regulada pela Diretiva n.º 2002/58/CE, com as alterações introduzidas pela Diretiva n.º 2009/136/CE, transposta para a ordem jurídica portuguesa através da Lei n.º 46/2012, que alterou a Lei n.º 41/2004, aditando-lhes os arts. 13.º-A e 13.º-B. Estas disposições adotam como regra geral um sistema de *opting-in*, estabelecendo, no entanto, um sistema de *opting-out* nos casos em que existe entre o profissional e o destinatário da comunicação comercial uma relação comercial prévia.

Note-se, todavia, que mesmo que não existisse um regime específico para as comunicações comerciais não solicitadas, a sua prática dependeria sempre do consentimento prévio do titular do endereço de correio eletrónico, pois, inserindo-se este na definição de dado pessoal, seria sempre aplicável a regra do art. 6.º da LPDP. Note-se, no entanto, que não obstante a existência de um regime específico para as comunicações comerciais não solicitadas, o mesmo não é idóneo a prevenir as lesões que a sua utilização é suscetível de provocar no âmbito privacidade dos consumidores, pois, não contém quaisquer regras específicas que disciplinem a conduta dos profissionais na fase prévia da recolha da sua informação pessoal.

Os profissionais obtêm acesso à informação pessoal dos consumidores através de formas visíveis e invisíveis de recolha e de tratamento dos seus dados pessoais. Entre as designadas formas invisíveis destaca-se a utilização dos chamados *cookies* que, sem o conhecimento do consumidor, monitorizam o seu comportamento na rede, armazenando de forma oculta a sua respetiva informação pessoal.

Por seu turno, as formas visíveis de recolha e de tratamento de dados pessoais também não são isentas de críticas, pois, também são suscetíveis de comprometer o direito à privacidade dos consumidores. Referimo-nos, designadamente, às situações em que os consumidores partilham, por sua livre vontade, os seus dados pessoais em rede em troca de acesso a serviços, produtos, descontos e outras ofertas promovidas pelos profissionais. Além do desconhecimento do valor real de mercado dos seus dados pessoais, o consumidor está a ser aliciado com uma aparente oferta de bens ou serviços, motivo pelo qual consideramos que, nestas circunstâncias, não é possível obter um consentimento informado, livre e esclarecido que constitua fundamento da recolha e do tratamento da sua informação pessoal nos termos exigidos pela LPDP.

Em conclusão, consideramos que a recolha e o tratamento de dados pessoais só não serão lesivos do direito à privacidade do seu titular quando respeitem as regras estabelecidas pela Diretiva n.º 95/46/CE, transposta para o ordenamento jurídico português pela LPDP. O regime jurídico da proteção de dados pessoais nesses diplomas consagrado enfrenta, no entanto, grandes desafios na sua aplicabilidade às relações jurídicas estabelecidas em rede, desde logo porque a rede é vulnerável e aberta.

Ora, em virtude da vulnerabilidade da rede, o cumprimento pelos profissionais da legislação aplicável em matéria de dados pessoais, não anula a possibilidade de acesso aos dados pessoais, por si recolhidos e tratados de forma lícita, por terceiros não autorizados, nem a possibilidade da sua respetiva utilização indevida. Note-se, contudo, que este não é um problema solucionável pela adoção de legislação específica para as relações de consumo estabelecidas em rede. Na verdade, não é necessário adotar uma solução distinta para essas situações, uma vez que, pelo menos quanto ao aspeto da proteção da privacidade dos consumidores, o motivo que justifica a disciplina jurídica da questão é o mesmo que está subjacente ao regime jurídico da LPDP: só não são

suscetíveis de violar o direito à privacidade do titular dos dados pessoais, tratamentos para os quais este tenha dado o seu consentimento informado.

Conclui-se, assim, que a utilização de formas de comunicação comercial em rede pelos profissionais implicará sempre riscos para a privacidade dos consumidores, decorrentes da vulnerabilidade e abertura inerente à utilização de um meio de comunicação tecnológico, a rede. Contudo, se na utilização dessas modernas formas de comunicação comercial os profissionais adotarem procedimentos pautados pelo respeito pelos princípios da transparência e da informação, os riscos para a privacidade dos consumidores serão, com certeza, atenuados.

BIBLIOGRAFIA

- MONOGRAFIAS E ARTIGOS DE PUBLICAÇÕES PERIÓDICAS:

AAVV, “SPAM e danos provocados pelo envio de mensagens eletrónicas não autorizadas: apenas autorregulamentação ou necessidade de lei?”, in *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro, 2009, pp. 177-204

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, “Conceito de Publicidade”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 349, 1985, pp. 115-134

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Os Direitos dos Consumidores*, Almedina, Coimbra, 1982

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, “Relevância Contratual das Mensagens Publicitárias”, in *Congresso Internacional de Responsabilidade Civil*, Blumenau, 1995, pp. 31-41

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1992

AMORIM, Ana Clara Azevedo de, “Comunicação Comercial e Direitos do Consumidor”, in *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 165-189

ASCENSÃO, José de Oliveira, “A liberdade de referências em linha e os seus limites”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. 42, n.º 1, Lisboa, 2001, pp. 499-528 disponível online em <http://www.oa.pt/upl/%7B8624fb31-09b6-4bd3-a2d2-554050d72781%7D.pdf> (consultado em 4 de janeiro de 2016)

ASCENSÃO, José de Oliveira, “Hyperlinks, Frames, Metatags – A Segunda Geração de Referências na Internet”, in *Direito da Sociedade de Informação*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 27-46

CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, reimpressão da 7ª Edição, Almedina, Coimbra, 2003

CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2016

CHAVES, Rui Moreira, *Código da Publicidade Anotado*, Almedina, Coimbra, 2015

COUTO, Rute, “A Privacidade dos Consumidores”, in *Solicitadoria e Ação Executiva Estudos*, n.º 1, Câmara dos Solicitadores, Lisboa, 2013, pp. 97-109

COUTO, Rute, “Publicidade: Dimensão do Direito do Consumidor à Informação”, in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Vol. III, n.º 9, Lisboa, 2013, pp. 51-67

EDWARDS, Lilian, “Consumer Privacy, On-Line Business and the Internet: Looking for privacy in all the Wrong Places”, in *Internacional Journal of Law and Information Technology*, Oxford University Press, vol. 11, n.º 3, Oxford, 2003, pp. 226-250

GOMES, Carla Amado, “O Direito à Privacidade do Consumidor a propósito da Lei 6/99, de 27 de Janeiro”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 77, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Lisboa, 1999, pp. 89-103

GRIFFITH, Gabriella, “Marketing strategy must mimic clicks” in *The Digital Economy*, n.º 357, Raconteur, Londres, 2016, pp. 14-15, disponível em <http://raconteur.net/business/encouraging-clicks-with-moment-marketing> (consultado em 24 de fevereiro de 2016)

JIMÉNEZ, David López, *La Publicidad en Internet Regulación y Autorregulación*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013

JIMÉNEZ, David López, “La Remisión de Comunicaciones Comerciales no Solicitadas a través de las Redes Sociales Virtuales: A propósito del nuevo Spamming 2.0 o Social Networking Spam”, in *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, n.º 38, Pamplona, 2013, pp. 165-210

JÚNIOR, João Lopes Guimarães, “A Criação de Bancos de Dados Clandestinos e o Direito à Privacidade do Consumidor”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 35, Coimbra, setembro 2003, pp. 27-40

LEITÃO, Adelaide Menezes, “Comércio Eletrónico e Direito do Consumo”, in *Liber Amicorum Mário Frola – A Causa dos Direitos dos Consumidores*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 31-39

LEITÃO, Adelaide Menezes, “Metatags e Correio Eletrónico entre os Novos Problemas do Direito da Internet”, in *Direito da Sociedade de Informação*, Vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 405-431

LEITÃO, Adelaide Menezes, “Publicidade na Internet”, in *Direito da Sociedade de Informação*, Vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 285-309

LEITÃO, Luís Menezes, “A Distribuição de Mensagens de Correio Eletrónico Indesejadas (SPAM)”, in *Direito da Sociedade de Informação*, Vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 191-212

LIZ, Jorge Pegado, *Introdução ao Direito e à Prática do Consumo*, Editorial de Notícias, Lisboa, 1999

MAGGS, Perter B., “Abusive Advertising on the Internet (SPAM) under United States Law”, in *The American Journal of Comparative Law*, n.º 54, American Society of Comparative Law, E.U.A., 2006, pp. 385-394

MARQUES, José Augusto Garcia, e MARTINS, Lourenço, *Direito da Informática*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2006

MARQUES, José Augusto Garcia, “Internet e Privacidade”, in *Direito da Sociedade de Informação*, Vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 1999

MIGUEL, João Dias, “Infotráfico – Quando a Presa Somos Nós”, in *Visão*, n.º 1181, outubro de 2015, pp. 51-60

MORAIS, Paulo, “O comportamento do consumidor na Internet”, in *Marketing Portugal*, 2012, disponível em <http://www.marketingportugal.pt/artigos/marketing-digital/item/21-comportamento-do-consumidor-marketing-digital> (consultado em 11 de dezembro de 2015).

OLIVEIRA, Elsa Dias, *A Proteção dos Consumidores nos Contratos Celebrados através da Internet*, Almedina, Coimbra, 2002

OLIVEIRA, Fernando Baptista de, *O Conceito de Consumidor*, Almedina, Coimbra, 2009

PINHEIRO, Alexandre Sousa, “Comunicações não solicitadas (spam)”, in *Lei do Comércio Electrónico Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 239-261

PINOCHET, Ruperto Olave, *Contratos Eletrónicos y Defensa del Consumidor*, Marcial Pons, Madrid, 2001

PINTO, Carlos Alberto Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra 2005

RODRIGUES, Luís Silveira, “Os Consumidores e a Sociedade da Informação”, in *Direito da Sociedade de Informação*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 295-312

SANTOS, Janaína de Carlos dos, “A Comercialização de Dados Cadastrais do Consumidor e a Ponderação em face da Colisão entre os Direitos Fundamentais à Privacidade e ao Livre Acesso às Informações: análise de um caso”, in *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n.º 60, Rio Grande do Sul, 2007, pp. 235-246

SERRA, Celso António, “Publicidade Ilícita e Abusiva na Internet”, in *Direito da Sociedade de Informação*, Vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 455-469

SILVA, João Calvão da, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2008

SILVA, João Calvão da, *Venda de Bens de Consumo*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2010

- OUTRAS FONTES:

AUTORIDADE EUROPEIA PARA A PROTECÇÃO DE DADOS, “Uma abordagem global da protecção de dados pessoais na União Europeia”, disponível em [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XX0622\(01\)&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XX0622(01)&from=ES) (consultado em 24 de fevereiro de 2016).

GRUPO DE PROTECÇÃO DE DADOS PESSOAIS DO ARTIGO 29, “Documento de trabalho Privacidade na Internet - Uma abordagem integrada da UE no domínio da protecção de dados em linha”, 2000, disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2000/wp37pt.pdf> (consultado em 17 de janeiro de 2016).

GRUPO DE PROTECÇÃO DE DADOS PESSOAIS DO ARTIGO 29, “Opinion 1/2000 in certain data protection aspects of the electronic commerce”, 2000, disponível em:

http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2000/wp28_en.pdf (consultado em 7 de fevereiro de 2016).

GRUPO DE PROTECÇÃO DE DADOS PESSOAIS DO ARTIGO 29, “Opinion 2/2000 concerning the general review of the telecommunications legal framework”, disponível em:

http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2000/wp29_en.pdf (consultado em 7 de fevereiro de 2016).

GRUPO DE PROTECÇÃO DE DADOS PESSOAIS DO ARTIGO 29, “Parecer 2/2008 sobre a revisão da Directiva 2002/58/CE relativa à privacidade no sector das comunicações electrónicas (Directiva Privacidade Electrónica)”, disponível em http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2008/wp150_pt.pdf (consultado em 17 de janeiro de 2016).

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, “Advertising and Marketing Communication Practice – Consolidated ICC Code”, 2006, disponível em: http://ec.europa.eu/health/ph_determinants/life_style/alcohol/Forum/docs/alcohol_lib5_en.pdf (consultado em 16 de janeiro de 2016)

- SÍTIOS DA INTERNET:

<http://www.acepi.pt/artigoDetalhe.php?idArtigo=91776>

<http://www.acepi.pt/downloads.php?idCategoria=62>

<http://www.bloomberg.com/news/articles/2015-08-25/facebook-spam-king-guilty-over-27-million-messages-u-s-says>

<http://www.consumidor.pt/>

<https://www.forrester.com/Marketing+Via+Geosocial+Apps+Why+And+How/fulltext/-/E-res61072>

http://www.loundy.com/CASES/Cyber_Promo_v_AOL.html

<http://www.netsonda.pt>

<http://www.spamlaws.com/federal/index.shtml>

- JURISPRUDÊNCIA:

- Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 7 de março de 1990, processo n.º C-362/88

- Tribunal da Relação do Porto, Acórdão de 25 de setembro de 2002, Processo n.º 0141415 (Isabel Pais Martins)

- Tribunal da Relação de Évora, Acórdão de 26 de junho de 2007, Processo n.º 843/07-1 (Guilhermina de Freitas)

- Tribunal da Relação do Porto, Acórdão de 11 de setembro de 2008, Processo n.º 0834643 (Fernando Baptista)

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	1
1. AS RELAÇÕES DE CONSUMO NA MODERNA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO ...	5
1.1. COLISÃO COM OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	8
1.2. TRATAMENTO LEGISLATIVO DISPERSO	11
1.3. NOÇÃO DE CONSUMIDOR	15
1.4. PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO ÂMBITO DA CONTRATAÇÃO ELETRÓNICA.....	20
1.5. O PAPEL DA COMUNICAÇÃO COMERCIAL	22
2. COMUNICAÇÃO COMERCIAL NAS NOVAS TECNOLOGIAS	26
2.1. NOÇÃO DE COMUNICAÇÃO COMERCIAL	27
2.2. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS.....	30
2.3. RELEVO CONTRATUAL DA MENSAGEM PUBLICITÁRIA	32
2.4. COMUNICAÇÃO COMERCIAL EM REDE	36
2.4.1. ESPECIFICIDADES: A CARACTERÍSTICA DA INTERATIVIDADE.....	38
2.4.2. FORMAS DE COMUNICAÇÃO COMERCIAL	40
3. COMUNICAÇÕES COMERCIAIS NÃO SOLICITADAS: A PROBLEMÁTICA DO MARKETING DIRETO.....	49
3.1. MEIOS DE REAÇÃO.....	54
3.2. CONSENTIMENTO DO DESTINATÁRIO: SISTEMAS DE <i>OPTING-IN</i> E <i>OPTING-OUT</i>	57
3.2.1. REAÇÃO EUROPEIA VS REAÇÃO NORTE-AMERICANA.....	60
3.2.2. REAÇÃO PORTUGUESA.....	66
3.3. CRIAÇÃO E UTILIZAÇÃO DE BASES DE DADOS DE CONSUMIDORES	69
3.3.1. RISCOS PARA A PRIVACIDADE DOS CONSUMIDORES: FORMAS VISÍVEIS E INVISÍVEIS DE TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS	72
3.3.2. REGIME JURÍDICO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS <i>ONLINE</i>	80
CONCLUSÃO	83
BIBLIOGRAFIA.....	88